Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache

vergleichend dargestellt nach deutschem, französischem und englischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des juristischen Doktorgrades
an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Rolf Müller
Assessor
aus Berlin-Charlottenburg

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1939

Tag der Promotion: 26. Juli 1939

Buchdruckerei und Verlag Rudolph Pfau, Berlin NW 7, Luisenstraße 21.

J 24

Dekan: Prof. Dr. Weigmann

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Titze

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hedemann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

1. Teil:

Das deutsche Recht.

Seite

1. Abschnitt: Die Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache 5

I. Begriffsbestimmung 5

1. Erledigung 5
2. Rechtsstreit 6
3. Hauptsache 6
4. Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache 7

II. Die Fälle einer Beendigung des Prozesses 9

1. Beendigung von Seiten des Gerichts 9
2. Beendigung von Seiten der Parteien 10

III. Die Fälle einer Beendigung des Prozesses allein in der Hauptsache 11

1. Ausscheidung der in Betracht kommenden Fallgruppen .. 11
2. Einzelheiten zu den in Betracht kommenden Fallgruppen .. 15

a) Aufgabe des Streites durch die Parteien (Gruppe A) .. 16

α) Anerkenntnis 16
β) Verzicht 18
γ) Klagerücknahme 19
δ) Vergleich 20
ε) Aufgabe infolge außerhalb des Prozesses liegender Vorgänge 21
ζ) § 13, II, 4 AnfGes 22
η) Nichtbestreiten einer rechtshängigen Konkursforderung im Prüfungstermin 22
ϑ) Streit der Parteien über die Erledigung 23

b) Wegfall einer Partei (Gruppe B): Der Sonderfall der Beendigung des Konkurses während eines Anfechtungsprozesses des Verwalters 24

2. Abschnitt: Der Zeitpunkt der Erledigung 25

I. Gruppe A: Aufgabe des Streites durch die Parteien 25
II. Gruppe B: Wegfall einer Partei 26

3. Abschnitt: Die Kostenfrage 28
I. Der Antrag auf Kostenentscheidung 28
II. Die Kostenentscheidung 28
1. Die Regel des hypothetischen Urteils 29
2. Die Regel des gegenseitigen Erfolges und Mißerfolges .. 31
3. Die Regel des Prozeßrisikos 33
4. Die Anwendung der drei Regeln 34

2. Teil:

Das französische Recht.

1. Abschnitt: Gruppe A: Aufgabe des Streites durch die Parteien 37
I. Aufgabe durch Nachgeben des Beklagten (acquiescement) .. 37
1. Die Erledigung 37
2. Die Kostenentscheidung 40
II. Aufgabe durch Nachgeben des Klägers (désistement) 42
1. Désistement de l'instance 42
2. Désistement de l'action 42
III. Aufgabe durch Nachgeben beider Parteien (transaction) 45
2. Abschnitt: Gruppe B: Wegfall einer Partei 46

3. Teil:

Das englische Becht.

Vorbemerkung 48
1. Abschnitt: Gruppe A: Aufgabe des Streites durch die Parteien 48
I. Aufgabe durch Nachgeben des Beklagten 48
1. Die Erledigung 48
2. Die Kostenentscheidung 52
II. Aufgabe durch Nachgeben des Klägers 55
III. Aufgabe durch Nachgeben beider Parteien 57
2. Abschnitt: Gruppe B: Wegfall einer Partei 58

1. Teil.

Das deutsche Recht.

1. Abschnitt:

Die Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

I.

Der Ausdruck „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" findet sich im Gesetz nur in § 628 ZPO,[1] wonach beim Tode eines Ehegatten während Rechtshängigkeit eines Eheprozesses „der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen ist". Aus dieser Vorschrift soll daher die Begriffsbestimmung entnommen werden. Bevor auf den Ausdruck „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" in seiner Gesamtheit eingegangen wird, sind die Wörter „Erledigung", „Rechtsstreit" und „Hauptsache" einzeln zu betrachten:

1. Soweit das Wort „Erledigung" in der Zivilprozeßordnung gebraucht wird, stimmt es mit dem allgemeinen Sprachgebrauch überein. Es findet sich in Beziehung sowohl auf Handlungen der Behörde (§ 364 ZPO) wie auf Handlungen der Parteien (§ 944 ZPO), ferner in Beziehung auf einen Prozeßabschnitt (§ 360 ZPO) wie auf den ganzen Prozeß (§ 148 ZPO).[2] Erledigung ist eine Art Beendigung. Im eigentlichen Wortsinn bedeutet Erledigung ein Ledigwerden, d. h. ein Freiwerden von irgend etwas[3] und setzt demnach einen Zustand der Unfreiheit, also des Gebunden- oder Beschwertseins voraus. Die Beendigung dieses Zustandes ist mit dem Wort Erledigung gemeint. Erledigung heißt also soviel wie Beendigung einer Beschwer. Soweit nun diese Beschwer darin besteht, daß eine schon begonnene Sache noch nicht beendet ist, bezeichnen Erledigung und Beendigung denselben Vorgang, so z. B. in dem oben erwähnten § 148 ZPO. Für

1. Vgl. Grosse S. 12 unten; auch FstKann A. 2 zu § 91 ZPO a. A.
2. Vgl. Hellwig § 191, I; Grosse A. 1 u. 2 zu § 1.
3. Vgl. Hellwig § 191, I; Grosse § 1 a. E.

andere Fälle trifft dies jedoch nicht zu. So meint z. B. der oben erwähnte § 360 ZPO mit der Erledigung des Beweisbeschlusses nicht die Beendigung (= Fertigstellung), sondern die Durchführung des bereits beendigten (= fertigen) Beschlusses.

2. Rechtsstreit bedeutet rein sprachlich einen rechtlichen Streit, ohne daß aus dem Wort hervorgeht, ob es sich um einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Streit handelt.[4] Das Gesetz gibt keine einheitliche Festlegung des Begriffes, so daß die genaue Bedeutung jeweils dem Zusammenhang der einzelnen Gesetzesvorschriften entnommen werden muß. So bedeutet Rechtsstreit z. B. in § 88, I ZPO einen gerichtlichen Streit, einen Prozeß, da das Rügen einer Vollmacht ein rechtshängiges Prozeßverfahren voraussetzt; das Gleiche gilt für § 91, I ZPO. Der § 263, I ZPO spricht von einer „Streitsache" im Sinne eines noch nicht rechtshängigen, also noch nicht den Gegenstand eines Prozeßverfahrens bildenden Rechtsstreits; denn die Vorschrift behandelt gerade das Rechtshängig w e r d e n eines Rechtsstreits. In der Bedeutung eines außergerichtlichen Streites wird ferner der Ausdruck „Rechtsstreitigkeit" verwandt; so in § 1025, I ZPO, wo von der Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch Schiedsrichter die Rede ist, ferner in § 4 EGZPO, der seiner Fassung nach den Begriff einer Rechtsstreitigkeit voraussetzt, für die ein Rechtsweg nicht zulässig ist. Schließlich findet sich in der Zivilprozeßordnung auch eine völlige Gleichsetzung der Begriffe „Rechtsstreit" und „Prozeß" derart, daß ein Streit überhaupt nicht vorliegen muß. So hat z. B. im Fall eines Versäumnisurteils (§§ 330, 331 ZPO) die unterliegende Partei gemäß § 91, I ZPO die Kosten des „Rechtsstreits" zu tragen, obwohl es infolge der Säumnis zu einer streitigen Verhandlung nicht gekommen war und auch ein außergerichtlicher Streit nicht vorgelegen haben muß.

3. Zur Erläuterung des Begriffes „Hauptsache" genügt eine Gegenüberstellung mit dem Begriff „Nebensache"; der eine setzt logisch den anderen voraus.[5] Was auf einem bestimmten Gebiet als Haupt- und als Nebensache zu gelten hat, ist relativ und hängt von dem Standpunkt ab, der im einzelnen Fall für maßgeblich angesehen wird. Daher wird auch in der Zivilprozeßordnung das Wort „Haupt-

4. Vgl. Kleinfeller § 1, II.

5. Vgl. Wach A. 20 zu § 23 über die „relativen" Begriffe des Gesetzes.

sache" nicht als ein in seiner Bedeutung festgelegter Begriff verwandt; es wird vielmehr je nach dem Zusammenhang zu verschiedenen („nebensächlichen") Begriffen in Gegensatz gestellt.[6] So bedeutet „Hauptsache" in den §§ 39, 271 ZPO den geltend gemachten Anspruch im Gegensatz zu Verfahrensfragen.[7] In engerem Sinne wird „Hauptsache" in § 268 Nr. 2 ZPO gebraucht, wo sich aus der Gegenüberstellung mit „Nebenforderung" ergibt, daß der geltend gemachte Hauptanspruch gemeint ist.[8] In umfassenderer Bedeutung bezeichnet „Hauptsache" in § 590, I ZPO den gesamten früheren Prozeß (einschließlich prozessualer Vor- und Nebenfragen) im Gegensatz zum Wiederaufnahmeverfahren.[9] Für den § 99 ZPO ergibt sich aus der Gegenüberstellung von „Hauptsache" und „Kostenpunkt", daß mit „Entscheidung in der Hauptsache" die Entscheidung über sämtliche Fragen mit alleiniger Ausnahme des Kostenpunktes gemeint ist, also auch die Entscheidung über prozessuale Fragen.[10]

4. Die obige Untersuchung führt zu dem Ergebnis, daß eine genaue Begriffsbestimmung des Ausdruckes „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" allein aus der Wortbedeutung seiner Bestandteile nicht hergeleitet werden kann, da die Bedeutung der Wörter „Rechtsstreit" und „Hauptsache" in den verschiedenen Gesetzesvorschriften schwankt. Somit bleibt nur die Möglichkeit, eine Begriffsbestimmung vorzunehmen aus dem Zusammenhang des § 628 ZPO als der einzigen Vorschrift, die den Ausdruck „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" in seiner Gesamtheit enthält. Zunächst soll die Wendung „Erledigung des Rechtsstreits" betrachtet werden.

§ 628 ZPO setzt ein bereits rechtshängiges Prozeßverfahren voraus, wie sich einmal aus seiner Stellung in dem Abschnitt „V e r f a h r e n in Ehesachen" ergibt, und sodann aus seinem Wortlaut; die Ausdrucksweise, daß d e r Rechtsstreit als erledigt anzusehen ist, wenn einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils stirbt, läßt ein andere Deutung nicht zu. Daraus folgt weiter, daß

6. Vgl. FstKann A. 1 zu § 39; Jonas A. II, 1 zu § 39; ferner vorige Seite A. 5.

7. Vgl. Jonas A. II, 1 zu § 39; Wach A. 20 zu § 23.

8. Vgl. Wach A. 20 zu § 23 (zit. in alter Fassung § 240 Nr. 2 ZPO).

9. Vgl. Wach a, a, O. (zit. in alter Fassung § 553 ZPO); Jonas A. II pr. zu § 590.

10. Vgl. Bb A. 1 zu § 99; Jonas A. I zu § 99; FstKann A. 1a zu § 99.

mit „Rechtsstreit" „Prozeß" gemeint ist.[11] Da dieser Prozeß rechtshängig, also angefangen, aber noch unbeendigt ist, ergibt sich für „Erledigung" die Bedeutung „Beendigung". Denn ein schwebender Prozeß bedeutet für ein Gericht insofern eine zu beseitigende „Beschwer", als er noch nicht beendigt ist; es sind also nach dem oben S. 5 Gesagten in diesem Falle die Wörter Erledigung und Beendigung identisch. Somit meint § 628 ZPO mit „Erledigung des Rechtsstreits" soviel wie „Beendigung des Prozesses".

Die genaue Bedeutung des Wortes Hauptsache in § 628 ZPO ergibt folgende Ueberlegung: § 628 ZPO betrifft entsprechend seiner Stellung in der Zivilprozeßordnung allein das Sonderverfahren in Ehesachen. Dieser Begriff ist durch eine Klammerdefinition in § 606, I ZPO näher bestimmt. Hiernach läßt sich in Zusammenfassung sagen, daß Gegenstand des Eheprozesses unmittelbar die Ehe selbst ist, im Gegensatz zu ihren vermögensrechtlichen oder sonstigen Folgen.[12] Der Eheprozeß behandelt also ein unvererbliches Rechtsverhältnis. Stirbt nun ein Ehegatte, so muß der Prozeß, soweit es sich um dieses Rechtsverhältnis handelt, erlöschen.[13] Weiterer Gegenstand des Prozesses ist nun, da es sich um ein Verfahren in Ehesachen handelt, allein die Kostenfrage. Daraus folgt, daß im § 628 ZPO das Wort Hauptsache dem Kostenpunkt gegenübergestellt ist, und daß demnach mit „Hauptsache" sämtliche zu entscheidenden Fragen mit Ausnahme der Kosten gemeint sind.

---

11. So sprechen z. B. Bb in A. 1 und Jonas in A. I zu § 628 von der Erledigung des Eheprozesses. Ein weiterer Grund ist die Bedeutung des Wortes Hauptsache. Damit ist gemeint „alles bis auf die Kosten" (vgl. die Ausführungen in dem folgenden Absatz). Also muß das Wort Rechtsstreit den gesamten Prozeß bezeichnen.

12. Vgl. Jonas A. III, 6 vor § 606.

13. Hellwig § 195, I. Denkbar wäre lediglich, daß ein Rechtsnachfolger wegen vermögensrechtlicher oder sonstiger Folgen des im Eheprozeß behandelten Streitgegenstandes eine Entscheidung über diesen Gegenstand begehrt. Da jedoch dann der Streitgegenstand des Eheprozesses nur mehr eine Inzidentfrage eines anderen Rechtsstreits ist, der unter das ordentliche Verfahren fällt, so besteht kein Bedürfnis, das Sonderverfahren des Eheprozesses fortzusetzen. Vielmehr ist die Ehesache beendet. Der Rechtsnachfolger mag für die ihn unmittelbar berührende Streitfrage einen besonderen Prozeß anstrengen, in dem dann die Ehesache mitentschieden wird (vgl. Jonas A. I zu § 628, A. V vor § 606, Bb A. 1 zu § 628 gegen Ende; FstKann A. 3 zu § 628; SeuffW A. 1 zu § 628). Die Ausnahmen von § 628 auf Grund des Ehemißbrauchgesetzes vom 23. 11. 33 können außer Betracht bleiben.

Damit steht der Begriff „Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache" fest; der Ausdruck bedeutet soviel wie „Beendigung des Prozesses bis auf die Kosten".[14]

II.

Es sind nun alle Fälle einer Prozeßbeendigung aufzuzählen, und dann sind die Fälle herauszugreifen, in denen die Beendigung sich nicht auf die Kosten erstreckt.

Ein Prozeß ist ein formelles Verfahren, an dem einerseits das Gericht, andererseits die Parteien beteiligt sind. Nur Ereignisse, die in Beziehung zu den Beteiligten stehen, können prozessual erheblich sein. Die Beendigungsgründe lassen sich daher einteilen in solche, die vom Gericht ausgehen, und in solche, die von einer Partei ausgehen. Bei jeder dieser beiden Gruppen sind wiederum zwei Fälle denkbar: einmal beenden bestimmte Handlungen der Beteiligten den Prozeß; zum anderen führt der Wegfall eines Prozeßbeteiligten zum Ende des Prozesses, da sowohl Gericht wie auch beide Parteien logische[15] und damit notwendige Voraussetzungen eines Prozesses sind. Daraus ergibt sich folgende Einteilung:

Die Beendigung des Prozesses geht aus

1. vom Gericht
   a) durch eine Handlung
   b) durch Wegfall
2. von einer Partei
   a) durch eine Handlung
   b) durch Wegfall.

1. Die Prozeßbeendigung geht aus vom Gericht.

   a) Beendigung durch gerichtliche Handlung.

Die einzige gerichtliche Handlung, die einen Prozeß beendigen kann, ist ein Urteil.[16] Denn das Gericht kann, sofern die Parteien im

---

14. Vgl. Jonas A. I zu § 628; Bb A. 1 zu § 628; FstKann A. 4 zu § 628; SeuffW A. 4 zu § 628.

15. Ein Prozeßverfahren muß von einer Person (Kläger) ausgehen und sich gegen eine andere (Beklagten) richten. Ferner muß eine Stelle vorhanden sein, die dem Klagebegehren entweder stattgibt oder es abweist (Gericht).

16. Vgl. Kleinfeller § 116 pr.; Hellwig § 191, II, 1; Jonas A. I zu § 300.

Streit verharren, die Beendigung eines Streitpunktes nur durch eine Entscheidung erreichen, und die Endentscheidung des Prozesses ist nach § 300, I ZPO das Urteil.

b) Beendigung durch Wegfall des Gerichts.

Hier ist eine Beendigung des Prozesses deshalb nicht möglich, weil ein vollkommener und ständiger Wegfall des Gerichts nicht in Frage kommt. Die Verhinderung eines zuständigen Gerichts an der Ausübung des Richteramtes ist nur ein Wegfall dieses konkreten Gerichts, ohne den Prozeß zu beenden; der Prozeß wird eben einem anderen Gericht zur Entscheidung übertragen. (Vgl. § 36 Nr. 1 ZPO). Auch im Falle eines Stillstandes der Rechtspflege wird der Prozeß nicht beendet; er wird nur nach § 245 ZPO für die Dauer des Stillstandes unterbrochen, nach Beendigung der Unterbrechung aber weitergeführt.

2. Die Prozeßbeendigung geht aus von einer Partei.

a) Beendigung durch eine Parteihandlung.

Daß eine Parteihandlung überhaupt einen Prozeß beendigen kann, ergibt sich aus dem Grundsatz der Parteiherrschaft. Dieser Grundsatz besagt, daß die Parteien, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen macht, die sachliche Herrschaft über den Streitgegenstand haben.[17] Wie dieser Grundsatz zur Folge hat, daß es Sache der Parteien ist, den Streitstoff in den Prozeß einzuführen,[18] so sind ihm zufolge die Parteien in der Lage, den Prozeß jederzeit zu beendigen.[19]

b) Beendigung durch Wegfall einer Partei.

Auszugehen ist von dem Wegfall der Parteifähigkeit. Die Parteifähigkeit erlischt, wie sich aus § 50 ZPO ergibt, mit dem Verlust der Rechtsfähigkeit, also mit dem Tode.[20] Dieser Fall bedeutet jedoch in der Regel nicht den Wegfall einer Partei. Denn beim Tode der Person, die Trägerin der Parteirolle ist, geht mit dem Recht, welches den Gegenstand des Prozesses bildet, auch die Parteieigenschaft auf den Rechtsnachfolger des Verstorbenen über. Das ergibt sich aus § 239 ZPO, der im Abs. 2 die Möglichkeit vorsieht, die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei zur Aufnahme des

17. Vgl. Bb Grundz. 3 A vor § 128; Jonas A. II, 2 vor § 128; Hellwig § 140, II.
18. Vgl. Bb Grundz. 3 A vor § 128.
19. Vgl. Hellwig § 141, I, 1c; vgl. auch RG 58, 416.
20. Vgl. Jonas A. V zu § 50.

durch den Tod unterbrochenen Verfahrens und zur Verhandlung der Hauptsache zu laden; leisten die Rechtsnachfolger der Ladung keine Folge, so ist nach Abs. 4 „auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und zur Hauptsache zu verhandeln", d. h. der Prozeß wird an dem Punkt weitergeführt, an dem er unterbrochen wurde, nur daß an Stelle des Verstorbenen seine Rechtsnachfolger stehen. Ein vollständiger Wegfall der Partei ist daher nur möglich, wenn entweder

1. eine Rechtsnachfolge nicht eintritt, also bei unvererblichem Streitgegenstand,[21] oder
2. wenn gerade durch die Rechtsnachfolge ein Zusammenfall der Parteirollen eintritt, also die Gegenpartei der Rechtsnachfolger des Verstorbenen wird.

III.

1. Es sind jetzt aus den unter II, 1 und II, 2 aufgezählten Gruppen die Fälle herauszugreifen, in denen sich die Beendigung des Prozesses nicht auf die Kosten erstreckt.

Gruppe II, 1a:

Bei einer Beendigung des Prozesses durch Urteil kommt in einem ordnungsmäßig durchgeführten Verfahren eine Entscheidung nur in der Hauptsache nicht in Frage, da nach § 308, II ZPO über die Kostenpflicht auch ohne Antrag, also in jedem Fall von Amts wegen, zu entscheiden ist. Wird der Kostenpunkt trotz der Vorschrift des § 308, II ZPO im Urteil übergangen, so besteht nach § 321 ZPO die Möglichkeit, das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen. Für diese Ergänzung ist ein Antrag erforderlich, der „binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urteils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes" (§ 321, II ZPO) gestellt werden muß. Wird der Antrag nicht fristgerecht gestellt, so erlischt die Rechtshängigkeit des Kosten-

21. Der Fall, daß ein Erbe nicht vorhanden ist, kann nicht eintreten, da notfalls der Fiskus erbt, § 1936 BGB (vgl. Staudinger A. V zu § 1922 BGB); vgl. ferner Hellwig § 195, I.

anspruches,[22] d. h. der Prozeß ist beendet. Es kann dahingestellt bleiben, ob man ein Urteil, welches den Kostenpunkt übergeht, für inhaltlich gesetzwidrig ansehen und deshalb eine Anfechtung mit Rechtsmitteln zulassen will,[23] oder ob man das Urteil nur für unvollständig halten und, da der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nicht selbständig verfolgt werden kann, jede Abhilfemöglichkeit verneinen will.[24] Denn selbst wenn keine Abhilfemöglichkeit besteht, die Kostenfrage also unentschieden bleibt, handelt es sich nicht um einen Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Hiermit werden, wie oben (S. 8/9) dargelegt ist, die Fälle bezeichnet, in denen der Prozeß „bis auf die Kosten" beendet ist, d. h. in denen die Kosten noch nicht erledigt, aber noch zu erledigen sind. Wenn aber wegen Versäumung der in § 321 ZPO bestimmten Frist eine Entscheidung über die Kosten überhaupt nicht mehr erzielt werden kann, so ist der Prozeß zwar nur in der Hauptsache entschieden, jedoch in seiner Gesamtheit beendet, also erledigt; denn das Verfahren kann, auch soweit es die Kosten betrifft, nicht mehr fortgesetzt werden.

Die Gruppe II, 1a enthält somit keinen Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Die Gruppe II, 1b scheidet ebenfalls aus, da sie, wie oben (S. 10) dargelegt, überhaupt keine Fälle der Prozeßbeendigung enthält.

Gruppe II, 2a:

In dieser Gruppe sind Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne weiteres möglich. Wenn die Parteien nach dem Grundsatz der Parteiherrschaft die Möglichkeit haben, den Prozeß in seiner Gesamtheit zu beendigen, indem sie vom Streite ablassen, so steht nichts im Wege, daß sie den Prozeß nur teilweise, also etwa bis auf die Kosten, beendigen. Je nachdem, ob sie den Streit über Hauptsache und Kosten aufgeben, oder aber nur den Streit über die Hauptsache, wird damit der Prozeß entweder vollständig oder nur in der Hauptsache erledigt. Die Gründe, welche die Parteien zur Aufgabe des Streites veranlassen, können sich aus

22. Bb A. 2 zu § 321; Jonas A. II, 2 zu § 321 a. E.; Planck § 80, I, 2c a. E.

23. So Hellwig § 162, IV, 3.

24. SeuffW A. 4b zu § 321 a. E.; RG 22, 423 (vorletzter Absatz); Jonas A. II,3 zu § 321.

dem Prozeß selbst ergeben, so, wenn sich die Parteien einigen. Sie können aber auch zurückzuführen sein auf äußere Vorgänge, welche dem Streit den Boden entzogen und ihn damit überflüssig gemacht haben, so, wenn die Parteien den Streit infolge einer Gesetzesänderung oder infolge Untergangs der Streitsache für überflüssig halten. Im Falle einer Einigung ist es Sache der Parteien, ob sie sich über den ganzen Prozeß oder nur über die Hauptsache einigen wollen; hieraus ergibt sich ohne weiteres die Abgrenzung zwischen einer Erledigung im Ganzen und einer Erledigung nur in der Hauptsache. Für diese Abgrenzung ist jedoch der Wille der Parteien auch dann maßgeblich, wenn äußere Vorgänge die Parteien zur Aufgabe veranlaßt haben. Hier hängt die Frage, wie weit der Prozeß erledigt wird, davon ab, ob die Parteien diesen Vorgängen nur eine Wirkung auf die Hauptsache oder auch eine Wirkung auf die Kosten beimessen, also demnach den Streit nur über die Hauptsache oder in seiner Gesamtheit für überflüssig halten. Wird z. B., bei unstreitigem Sachverhalt, die rechtliche Meinungsverschiedenheit der Parteien durch eine Gesetzesänderung zu Ungunsten des Klägers entschieden, so ist einmal möglich, daß der Kläger den Standpunkt vertritt, er habe durch diesen für ihn ungünstigen „Zufall" den Prozeß schlechthin verloren und müsse nun ohne weiteres auch die Kosten tragen; in diesem Falle würde sich der Prozeß in seiner Gesamtheit erledigen, sofern der Beklagte, was aber in der Regel anzunehmen ist, zustimmt. Der Kläger kann aber auch den Standpunkt vertreten, daß zwar durch die Gesetzesänderung in der Hauptsache gegen ihn entschieden sei, daß aber, in Analogie zu § 93 ZPO, die Kosten dem Beklagten auferlegt werden müßten, weil dieser zur Zeit der Klageerhebung mit Unrecht dem Klageanspruch widersprochen, also durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben habe. In diesem Falle würde der Rechtsstreit, falls der Beklagte in der Kostenfrage eine andere Auffassung vertritt, lediglich in der Hauptsache seine Erledigung finden.

Die Aufgabe des Streites durch die Parteien muß in prozessual erheblicher Form, also durch eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung vorgenommen werden. Erklären z. B. beide Parteien im Termin, daß sie sich über die Hauptsache geeinigt hätten, daß jedoch keiner von ihnen die Kosten übernehmen wolle, so handelt es sich um eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Sie liegt auch dann vor, wenn der Kläger erklärt, er halte sich für befriedigt und beschränke seinen Antrag auf die Kosten, während

der Beklagte lediglich beantragt, dem Kläger die Kosten aufzuerlegen; denn aus diesem Verhalten der Parteien ergibt sich ohne weiteres, daß sie die Hauptsache für erledigt ansehen und nur noch über die Kosten streiten wollen.

Hervorzuheben ist, daß zu einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Aufgabe des Streites die Mitwirkung b e i d e r Parteien erforderlich ist; denn ein Streit setzt begrifflich zwei Parteien voraus und kann daher nur unter Mitwirkung beider sein Ende finden.

Eine Zusammenfassung der bisherigen Darlegungen ergibt die Formulierung Baumbachs:[25]

„Die Hauptsache ist erledigt, wenn nach übereinstimmender Erklärung der Parteien irgend ein Ereignis alle prozessualen Ansprüche bis auf den Kostenanspruch gegenstandslos gemacht hat."

Bei der Anwendung dieser Formel ist das Verhalten der Parteien notfalls sinngemäß auszulegen. Häufig wird das Einverständnis der einen Partei mit der Erledigung vermutet werden können, so etwa das Einverständnis des Beklagten, wenn der Kläger sich in der Hauptsache für befriedigt erklärt. Hier wird in der Regel die Erledigung der Hauptsache auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Beklagten deshalb angenommen werden können, weil die Erledigung den Beklagten günstiger stellt. Ob eine Erledigung im Ganzen oder nur in der Hauptsache vorliegt, wird im allgemeinen daraus zu entnehmen sein, ob die Parteien ihre Anträge schlechthin fallen lassen oder sie auf die Kosten beschränken. Auch hier können allerdings Zweifel durch vollständig passives Verhalten der einen oder anderen Partei entstehen. Erscheint z. B. nur der Anwalt des Klägers im Termin und erklärt, der Kläger sei vom Beklagten vollständig befriedigt, und der Rechtsstreit habe daher für beide Parteien kein Interesse mehr, so wird daraus ohne weiteres die Auffassung des Klägers zu entnehmen sein, daß er den Rechtsstreit in seiner Gesamtheit für erledigt hält. Eine gleiche Auffassung des Beklagten kann nach dem oben Gesagten jedenfalls für die Hauptsache vermutet werden, nicht aber mit gleicher Wahrscheinlichkeit für die Kosten. Um hier zu klären, ob eine Erledigung im Ganzen oder lediglich in der Hauptsache vorliegt, genügt nicht die Erwägung, daß eine Erledigung nur in der Hauptsache den Beklagten günstiger stellen würde als eine Erledigung insgesamt. Denn es

25. A. 2 A zu § 91 a. A.

ist einmal zu berücksichtigen, daß der Beklagte im Termin nicht erschienen ist und sich dies Verhalten, wie sich aus dem Grundsatz der Parteiherrschaft ergibt, zu seinem Nachteil anrechnen lassen muß. Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Kläger hinsichtlich der Kosten einen Antrag gestellt haben würde, wenn sich nicht der Beklagte auch über den Kostenpunkt mit ihm im Einvernehmen befände. Daher ist der gegebene Fall nicht als eine Erledigung nur der Hauptsache, sondern als eine Erledigung insgesamt anzusehen.

Zu erwähnen ist noch der Fall, daß sich beide Parteien völlig passiv verhalten, also im Termin nicht erscheinen und den Prozeß überhaupt nicht mehr betreiben. Hieraus ist zu schließen, daß beide Parteien an dem gesamten Prozeß kein Interesse mehr haben, also den Rechtsstreit im Ganzen als erledigt ansehen. Auch dieser Fall ist somit keine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Gruppe II, 2b:

Hier ist hinsichtlich einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zu scheiden zwischen den oben (S. 11) genannten Untergruppen.

In der ersten Untergruppe tritt die Beendigung des Prozesses durch die Unvererblichkeit des Streitgegenstandes ein. Da nun der Kostenanspruch vererblich ist, wird der Prozeß zwangsläufig nur in der Hauptsache beendet.[26] Hierher gehört der Sonderfall des § 628 ZPO, welcher durch Verweisung des § 640 ZPO auch auf die dort genannten Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet; ferner können hierher gehören Prozesse über Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, Namensrechte und andere höchst persönliche Rechtsverhältnisse.[27]

In der zweiten Untergruppe tritt die Beendigung des Prozesses durch den Zusammenfall der Parteirollen in einer Person ein. Dies hat auf den Kostenpunkt die gleiche Wirkung wie auf die Hauptsache. Diese Untergruppe enthält somit keine Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Damit sind die Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ausgesondert. Als Ergebnis ist festzustellen, daß eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache vorliegt

26. Vgl. Hellwig § 195, I, 2.
27. Vgl. Hellwig § 195, I, 1; Grosse S. 17 ff.

a) in den Fällen der Gruppe II, 2a (Aufgabe des Streites durch die Parteien) dann, wenn die Parteien den Streit über sämtliche Punkte mit Ausnahme der Kosten aufgeben;

b) in sämtlichen Fällen der Gruppe II, 2b, 1 (Tod einer Partei bei unvererblichem Streitgegenstand) ohne Einschränkung.

2. Die beiden genannten Gruppen sollen künftighin der besseren Uebersicht halber die Bezeichnung Gruppe A und Gruppe B erhalten. Für beide Gruppen sind nun einzelne Fälle daraufhin zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache darstellen.

a) Gruppe A.

In dem Folgenden wird nachgewiesen werden, daß für alle Fälle, die zu der Gruppe A gehören, die von Baumbach gegebene Formulierung[28] gilt. Insbesondere wird aus dieser Formulierung die Richtigkeit des Gedankens dargelegt werden, daß das Zusammenwirken beider Parteien eine Voraussetzung dafür ist, daß eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache vorliegt.

Für die Einteilung der zu erörternden Fälle war folgende Ueberlegung maßgebend:

Eine Aufgabe des Streites durch die Parteien kann, wie schon oben (S. 12/13) erwähnt, auf eine Einigung oder auf außerhalb des Prozesses liegende Vorgänge zurückzuführen sein. Die Einigung kann entweder auf dem vollständigen Nachgeben einer Partei oder dem teilweisen Nachgeben beider Parteien beruhen. Es wird daher zunächst das vollständige Nachgeben des Beklagten und sodann das des Klägers behandelt werden, also Anerkenntnis, Verzicht und Klagerücknahme im Zusammenhang mit einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Sodann wird das teilweise Nachgeben beider Parteien, also der Vergleich, erörtert werden. Darauf folgt die Aufgabe des Streites infolge Einwirkung außerhalb des Prozesses liegender Vorgänge, und schließlich die Behandlung einiger Sonderfälle.

α) Der Beklagte erkennt den Anspruch an, der Kläger beantragt jedoch kein Anerkenntnisurteil. Zu diesem Fall finden sich gegensätzliche Aeußerungen in der Literatur. Baumbach[29] nimmt an, daß

28. Bb A. 2 A zu § 91 a. A.; vgl. oben S. 14.
29. A. 3 zu § 307.

das Gericht das Anerkenntnis frei zu würdigen habe, etwa als Nichtbestreiten oder Geständnis. Jonas[30] vertritt die Meinung, der Rechtsstreit sei erledigt und ein Urteil auf Grund des ursprünglichen Klagegrundes unzulässig. Sowohl Baumbach wie Jonas sind jedoch in ihren Ausführungen nicht vollständig. Sie erwähnen nur, daß der Kläger kein Anerkenntnisurteil beantragt, ohne darauf einzugehen, ob der Kläger mit diesem Verhalten nur das Anerkenntnis ignorieren will, oder ob er von dem Anerkenntnis zwar Gebrauch machen will, jedoch die besondere Form des Anerkenntnisurteils nicht wünscht. Diesen beiden Möglichkeiten wird Rechnung getragen von Hellwig.[31] Er entscheidet sich dahin, daß im letzteren Falle, also bei Verzicht des Klägers auf das Anerkenntnisurteil,[32] der Prozeß erledigt ist, in dem anderen Falle aber, also bei völlig negativem Verhalten des Klägers, daß der Prozeß anhängig bleibt. Dieser Ansicht ist zu folgen mit dem Zusatz, daß im Falle eines Anhängigbleibens des Prozesses das Anerkenntnis frei zu würdigen ist. Das ist bei Hellwig nicht ausdrücklich hervorgehoben, kann aber deshalb hinzugefügt werden, weil die Gültigkeit des Anerkenntnisses nicht vom Verhalten des Klägers abhängig ist und somit das Anerkenntnis nicht als nicht abgegeben behandelt werden kann.

Folgende Gründe lassen die angegebene Ansicht als richtig erscheinen:

Ergibt sich aus dem Verhalten des Klägers eindeutig, daß er glaubt, mit dem Anerkenntnis des Beklagten sein Ziel erreicht zu haben, und daß er eine Fortsetzung des Verfahrens für überflüssig ansieht, so besteht kein Grund, den Prozeß fortzusetzen; denn ein Streit, über den das Gericht entscheiden könnte, besteht nicht mehr. Ergibt sich umgekehrt aus dem Verhalten des Klägers eindeutig, daß er den Prozeß trotz des Anerkenntnisses des Beklagten kontradiktorisch weiterzuführen wünscht, so kann ihm eine Erledigung des Prozesses nicht aufgezwungen werden. Dies ist auch nicht angängig mit dem Hinweis darauf, daß der Kläger ja von der Möglichkeit eines Anerkenntnisurteils Gebrauch machen könnte oder sich anderenfalls die Erledigung eben gefallen lassen müßte. Einmal fehlt es für eine solche Auffassung an einem Anhaltspunkt im Gesetz, so

30. A. IV, 1 zu § 307.

31. § 149, IV, 2, b. u. c.

32. Der Fall kann vorkommen, z. B. weil der Kläger dem Beklagten vertraut und ihn nicht mit einem verurteilenden Urteil belasten will (aus Rücksicht auf eine Geschäftsverbindung oder dergleichen).

daß hier dem Grundsatz der Parteiherrschaft keinerlei Schranken entgegenstehen, die den Kläger vor die Alternative eines Anerkenntnisurteils oder einer Erledigung stellen. Zum anderen muß aber dem Kläger ein Interesse an einem kontradiktorischen Urteil zugestanden werden; denn der Wert eines solchen Urteils ist ein anderer als der eines Anerkenntnisurteils, welches eine eingehende Darstellung und Würdigung des Streitstoffes nicht enthält.

Eine andere Frage ist, welche Willensäußerung dem Verhalten des Klägers zu entnehmen ist, insbesondere, ob ein bloßes Stillschweigen als ein Ignorieren des Anerkenntnisses oder als ein Einverständnis mit der Erledigung des Prozesses aufzufassen ist. Diese Frage läßt sich allgemein nicht beantworten und muß nach Lage des Falles entschieden werden. So wird z. B. daraus, daß der Kläger seinen Antrag auf die Kosten beschränkt, ein Verzicht auf ein Anerkenntnisurteil und eine Zustimmung zur Prozeßerledigung anzunehmen sein.

β) Der Kläger verzichtet auf den geltend gemachten Anspruch, der Beklagte beantragt jedoch kein Verzichtsurteil. Dieser Fall ist der gleiche wie der eben behandelte, nur daß die Parteirollen vertauscht sind; denn der Verzicht des Klägers ist nichts weiter als das Anerkenntnis, daß die Klage unbegründet sei.[33] Daher gelten auch die obigen Darlegungen über das Anerkenntnis entsprechend für den Verzicht. Baumbach spricht für den Verzicht seine Meinung nicht ganz so klar aus. Da er jedoch einerseits erklärt,[34] Verzicht und Anerkenntnis seien völlig wirkungslos, wenn nicht die Gegenpartei auf sie hin Urteil beantrage, und da er andererseits beim Anerkenntnis über diesen Fall noch besonders ausführt,[35] daß das Gericht den Vorgang frei zu würdigen habe, so ist anzunehmen, daß er die gleiche Ansicht auch für den Verzicht vertritt, und daß mit „wirkungslos" nur gemeint ist, daß der Prozeß nicht erledigt wird, während eine freie Würdigung durch das Gericht als für einen solchen Fall selbstverständlich angenommen und nur für den Verzicht nicht besonders erwähnt ist.[36] Jonas erklärt wie beim An-

33. Vgl. Hellwig § 194, I; Bb A. 1A zu § 306 a. A.
34. A. 1A zu § 306 a. E.
35. A. 3 zu § 307.
36. In einer älteren Auflage (4. Aufl. von 1928) spricht sich Baumbach klarer aus und erwähnt die freie Würdigung für Anerkenntnis und Verzicht in A. 1A zu § 306 a. E.

erkenntnis den Prozeß in der Hauptsache für erledigt.[37] Auch Hellwig vertritt die gleiche Meinung wie beim Anerkenntnis und stellt es darauf ab,[38] ob die Gegenpartei (in diesem Falle der Beklagte) sich völlig passiv verhält oder irgendwie zu erkennen gibt, daß sie auf das Urteil verzichte. Somit erübrigen sich nähere Ausführungen, die nur eine Wiederholung darstellen würden.

Für Anerkenntnis und Verzicht ist demnach festzustellen, daß die Frage der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach der oben (S. 14) angeführten Formulierung Baumbachs entschieden werden kann. Ergänzen sich die Erklärungen der nachgebenden Partei und ihrer Gegenpartei derart, daß man darin die übereinstimmende Erklärung einer Erledigung aller Ansprüche bis auf den Kostenanspruch sehen kann, so handelt es sich um eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Hervorzuheben ist, daß diese Erledigung einseitig durch Anerkenntnis oder Verzicht nicht erzwungen werden kann, da der Gegner der anerkennenden bzw. verzichtenden Partei immer ein Recht auf ein Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteil hat und nach dem oben (S. 11 bis 12) Gesagten eine Beendigung des Prozesses durch Urteil nicht unter eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zu rechnen ist.

γ) Der Kläger nimmt die Klage mit Einwilligung des Beklagten zurück. Dieser Fall ist nur scheinbar eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Zwar ist die Hauptsache erledigt. Jedoch ist die Prozeßlage hinsichtlich der Kosten anders als bei der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Nach § 271, III ZPO hat der Kläger bei einer Klagerücknahme die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, und auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urteil auszusprechen. Anders bei einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Hier geht der Streit hinsichtlich der Kosten weiter, und ob der Kläger oder der Beklagte die Kosten trägt, hängt von dem einzelnen Fall ab und ist nicht generell im Gesetz geregelt. Häufig sucht der Kläger gerade dadurch, daß er die Hauptsache für erledigt erklärt, die Kostenpflicht von sich auf den Beklagten abzuwenden.[39] Abgesehen davon besteht zwischen der Klagerücknahme und der Erledigung des Rechtsstreits in der

37. A. III zu § 306 gegen Ende.

38. Vgl. § 194, II: „Durch das wirksame Anerkenntnis des Klägers oder Beklagten ....."

39. Vgl. Bb A. 2 B zu § 91.

Hauptsache ein begrifflicher Unterschied, der sich auch praktisch auswirkt. Nach § 271, III ZPO hat die Klagerücknahme zur Folge, „daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist." Damit werden materiellrechtliche Folgen, die durch die Klageerhebung entstanden waren und in der Rechtshängigkeit des Prozesses ihren Grund hatten, ebenfalls rückwirkend vernichtet. So wird dies für die Unterbrechung der Verjährung in § 212 BGB ausdrücklich ausgesprochen. All dies trifft für die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht zu. Soweit der Rechtsstreit anhängig war, also bis zur Erledigung, gilt er auch für später als anhängig gewesen, und etwaige durch die Rechtshängigkeit entstandene materiellrechtliche Folgen fallen nicht rückwirkend fort.

Zusammenfassend kann man formulieren: Die Klagerücknahme ist eine Erledigung der Hauptsache ex tunc, bei der die Kostenfrage insofern mit-„erledigt" ist, als nach positiver Vorschrift der Kläger die Kosten trägt und ein Urteil, das diese Verpflichtung des Klägers ausspricht, nicht die Entscheidung einer zweifelhaften Frage, sondern nur die ausdrückliche Feststellung einer an sich feststehenden Rechtsfolge darstellt. Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache dagegen ist eine Erledigung der Hauptsache ex nunc, bei der die Pflicht zur Kostentragung noch offen und vom Gericht zu entscheiden ist.

Somit ist die Klagerücknahme kein Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.[40]

Eine andere Frage ist, ob etwa mit der Erklärung des Klägers, die Hauptsache sei erledigt, eine Klagerücknahme oder umgekehrt mit einer Rücknahmeerklärung eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache gemeint ist. Dies kann jedoch nicht generell, sondern nur im Einzelfall nach dem Verhalten des Klägers, notfalls unter Ausübung des richterlichen Fragerechts (§ 139 ZPO) entschieden werden.

δ) Bei einer Aufgabe des Streites durch teilweises Nachgeben beider Parteien handelt es sich um einen Vergleich. Für den gerichtlichen Vergleich könnte zweifelhaft sein, ob er hierher zu gruppieren ist, da die Ansicht vertreten wird, beim gerichtlichen Vergleich sei ein gegenseitiges Nachgeben unnötig.[41] Sofern man jedoch das Nachgeben nicht allein auf den materiellen Streitgegenstand bezieht, son-

40. Vgl. Bb A. 1 zu § 271; Jonas A. I zu § 271.
41. So Bb A. 2 B zu § 794.

dern in einem etwas weiteren Sinne faßt, liegt bei jedem Vergleich ein gegenseitiges Nachgeben vor insofern, als beide Parteien auf das bisher erstrebte Urteil verzichten.[42] So ist es z. B. durchaus ein Nachgeben des Klägers, wenn der Beklagte den gesamten Anspruch anerkennt und der Kläger nunmehr, statt Anerkenntnisurteil zu beantragen, sich mit einem Vergleich begnügt, auch wenn in diesem Vergleich der Beklagte die Erfüllung des Klageanspruches übernimmt.

Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache liegt vor, wenn der Vergleich allein die Hauptsache umfaßt. Wird ein solcher Vergleich außergerichtlich geschlossen, so ist zu beachten, daß damit allein die Hauptsache noch nicht erledigt ist. Es muß vielmehr in prozessual erheblicher Weise dem Gericht zur Kenntnis gebracht werden, daß die Parteien auf Grund dieses Vergleiches den Prozeß in der Hauptsache für erledigt ansehen. Auch hier ist also die oben (S. 14) angeführte Formulierung Baumbachs anwendbar.

ε) Bei der Aufgabe des Streites infolge außerhalb des Prozesses liegender Vorgänge handelt es sich um solche Fälle, in denen der Streit der Parteien durch veränderte äußere Umstände gegenstandslos wird, etwa durch eine Aenderung der Gesetzgebung oder durch Untergang der Streitsache. Inwieweit hierdurch der Rechtsstreit überflüssig wird, ist immer vom Standpunkt der Parteien zu beurteilen, inwieweit diese den Rechtsstreit für notwendig oder überflüssig halten. Wird z. B. durch eine Gesetzesänderung der Prozeß zu Ungunsten des Klägers entschieden, besteht dieser aber dennoch auf seinem ursprünglichen Klageantrag, so ist der Rechtsstreit nicht erledigt; es ergeht eben nur ein klageabweisendes Urteil. Somit ist hier ebenso wie beim außergerichtlichen Vergleich zur Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache notwendig, daß die Parteien dem Gericht zum Ausdruck bringen, daß sie den Rechtsstreit infolge veränderter äußerer Umstände in der Hauptsache für erledigt halten. Auch hier trifft also Baumbachs Formulierung zu.

Es sind nun zwei Sonderfälle aus dem Konkursrecht zu betrachten, bei denen es auf den ersten Blick zweifelhaft erscheint, ob es immer des Zusammenwirkens b e i d e r Parteien bedarf, um durch Ablassen vom Streit eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache herbeizuführen.

---

42. In diesem Sinne Jonas A. II, 1 zu § 794.

ζ) Der erste Fall betrifft den § 13, II, 4 AnfG und hat folgenden Tatbestand: Ein Gläubiger hat eine Rechtshandlung seines Schuldners nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes angefochten; während der Rechtshängigkeit dieses Prozesses fällt der Schuldner in Konkurs; der Prozeß wird hierdurch unterbrochen (§ 13, II, 1 AnfG), und der Konkursverwalter lehnt die Aufnahme des Prozesses ab. Damit ist nach Hellwig[43] der Prozeß in der Hauptsache erledigt. Hellwig beruft sich darauf, daß nach § 13, II, 4 AnfG eine Fortsetzung des Prozesses nur rücksichtlich der Kosten möglich sei. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Satz 4 im Abs. II von § 13 AnfG gewinnt seinen vollständigen Sinn erst im Zusammenhang mit Abs. IV, wonach die Gläubiger nach Beendigung des Konkursverfahrens Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Verwalter zustand, nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes verfolgen können. Daraus folgt, daß der Gläubiger, dessen Prozeß vom Verwalter nicht aufgenommen wird, nur während des Konkursverfahrens gehindert ist, den Prozeß in der Hauptsache aufzunehmen. Warten die Parteien bis nach Beendigung des Konkursverfahrens, so steht einer Aufnahme des Prozesses auch in der Hauptsache nichts im Wege. Auch wenn der Prozeß wegen der Kosten noch während des Konkursverfahrens aufgenommen wurde, kann er, falls er bei Beendigung des Konkursverfahrens noch nicht rechtskräftig entschieden ist, auf die Hauptsache erstreckt werden.[44] Es hängt somit auch in diesem Falle von dem Willen der Parteien ab ob der Prozeß in der Hauptsache seine Erledigung findet.

η) Der zweite Fall ist ebenfalls bei Hellwig[45] erwähnt. Er führt als prozeßbeendigendes Ereignis den Umstand an, daß eine rechtshängige Konkursforderung im Prüfungstermin von keiner Seite bestritten wird. Auch in diesem Falle kann ihm nicht zugestimmt werden. Zwar hat die Eintragung in die Tabelle die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, und der Gläubiger wird sich hierauf berufen, falls der Schuldner nach Beendigung des Konkurses den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozeß wieder aufnimmt. Eine solche Aufnahme kann dem Schuldner, auch wenn sie im Einzelfall unklug oder gar sinnlos erscheinen sollte, nicht verwehrt werden.

---

43. § 191, II, 3d; A. 22 zu § 178; Rechtskraft A. 39 zu § 54.

44. Vgl. Schaefer A. 21 a. A. u. A. 31 a. E. zu § 13; Hartmann-Meikel A. 12 unter 1 zu § 13; Jaeger A. 34 a. E. zu § 13 AnfG.

45. § 191, II, 3d.

Die Rechtskraftwirkung der Tabelle mag dann im Prozeß, wenn sich der Gläubiger darauf beruft, zu Ungunsten des Schuldners in Erscheinung treten. Sie kann jedoch nicht eher Einfluß auf den Prozeß gewinnen, als bis sie ordnungsmäßig zum Bestandteil des Streitstoffes geworden ist.[46] Ob sie dann zu einem der Klage stattgebenden Urteil oder zu einer Erledigung des Rechtsstreits insgesamt oder nur in der Hauptsache führt, hängt von dem Verhalten der Parteien ab.

Somit machen auch die beiden Konkursfälle keine Ausnahme von der Regel, daß nur das Zusammenwirken beider Parteien eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache herbeiführen kann.

ϑ) Schließlich ist noch der Fall aufzuführen, daß eine Partei die Hauptsache für erledigt erklärt, die andere Partei jedoch die Erledigung leugnet. Hier handelt es sich nicht um eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, da der Streit weitergeht und sich nur auf die Frage spezialisiert hat, ob eine Erledigung vorliegt. Das Gericht hat in diesem Falle sachlich zu entscheiden. Meist wird es zur Klageabweisung oder Verurteilung kommen. Denn bei einem Streit über die Erledigung wird die Sachlage meist so sein, daß der Beklagte die Erledigung behauptet und der Kläger sie leugnet. Dann hat das Gericht, wenn es der Auffassung des Beklagten ist, die Klage gemäß dem Antrag des Beklagten abzuweisen, und wenn es der Auffassung des Klägers ist, den Beklagten nach dem Klageantrag zu verurteilen. Es ist jedoch auch möglich, daß der Kläger Erledigung behauptet und der Beklagte sie leugnet; der Fall mag nicht häufig sein, kann aber vorkommen. Teilt hier das Gericht die Auffassung des Beklagten, so ergeht, dem Antrag des Beklagten entsprechend, klageabweisendes Urteil. Ist aber das Gericht der Auffassung des Klägers, so ist in dem Urteil die Hauptsache für erledigt zu erklären;[47] denn wenn das Gericht die Auffassung des Klägers vertritt, muß der Urteilstenor dem letzten Klageantrag entsprechen.

Bei Streit über die Erledigung ergeht also in jedem Falle ein Urteil zur Hauptsache, da der Streit der Parteien eine solche Entscheidung notwendig macht.[48] Somit scheidet der Fall für eine Er-

---

46. Auf dem gleichen Gedanken beruht die Entscheidung in RG 27, 117/18.
47. Vgl. Bb A. 2 A zu § 91; Jonas A. III zu § 91 u. A. V, 1 zu § 99.
48. Vgl. JW 1928, 741.

ledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache aus, wie oben S. 11 bis 12 dargelegt.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich die Bestätigung der aufgestellten Behauptung, daß die Formulierung Baumbachs für alle Fälle der Gruppe A Gültigkeit hat. Hierauf wird späterhin noch zurückgegriffen werden im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Zeitpunkt die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache eintritt.

b) Gruppe B.

In dieser Gruppe des „Wegfalls einer Partei" ist der Sonderfall zu behandeln, daß während der Rechtshängigkeit eines vom Konkursverwalter erhobenen Anfechtungsprozesses das Konkursverfahren beendet wird. Hier liegt insofern ein „Wegfall einer Partei" vor, als der Konkursverwalter für seine Parteistellung in einem Anfechtungsprozeß keinen Rechtsnachfolger hat. Das folgt einmal aus § 36 KO, wonach das Anfechtungsrecht von dem Verwalter ausgeübt wird, und sodann aus dem Zweck, der der Anfechtung im Konkursverfahren zukommt. Sie dient, wie das gesamte Konkursverfahren, der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger (par condicio creditorum) und hat somit nur innerhalb dieses Verfahrens Raum. Mit der Beendigung des Konkursverfahrens wird eine gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger und damit der hierauf beruhende Anfechtungsanspruch hinfällig. Eine Fortsetzung des Prozesses in der Hauptsache ist demnach bei Beendigung des Konkursverfahrens nicht möglich.[49] Auch wird dem Gemeinschuldner ein Interesse an der Durchführung der Hauptsache als solcher nicht zugestanden; denn die Anfechtung geschieht im Interesse der Gläubigergemeinschaft und soll Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung gegenüber den Konkursgläubigern erreichen (§ 29 KO). Anders liegt die Kostenfrage. Der Streit um die Kosten als solche hat nichts mit der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger zu tun; relative Rechtswirkungen allein gegenüber den Konkursgläubigern kommen nicht in Frage. Es fehlt die Zweckgebundenheit, der die Anfechtung und das gesamte Konkursverfahren unterliegen. Daher kann der Gemeinschuldner als Träger des betroffenen Vermögens den Prozeß hinsichtlich der Kosten mit dem Anfechtungsgegner weiterführen.[50]

---

49. Vgl. Jaeger A. 24 zu § 29 KO.
50. Vgl. hierzu RG 58, 417/8; JW 1904, 34.

Es handelt sich demnach um einen Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.[51]

2. Abschnitt:

Der Zeitpunkt der Erledigung.

Es ist jetzt klarzustellen, mit welchem Zeitpunkt in den einzelnen Fällen die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache eintritt.

Vorweg ist für die beiden in Betracht kommenden Gruppen A und B hervorzuheben, daß die Erledigung nicht erst durch Ausspruch in der Formel des Kostenurteils eintritt. Denn für den Urteilstenor sind die Anträge der Parteien maßgeblich. In Ansehung der Hauptsache liegen aber, wenn sie erledigt ist, Anträge nicht mehr vor; es besteht also (anders, als in dem oben S. 23 behandelten Falle) kein Grund, die Erledigung der Hauptsache in einem Urteil auszusprechen. Auch aus Gründen eines formellen Abschlusses des Hauptsache ist dies nicht erforderlich, da das Gesetz ein isoliertes Kostenurteil kennt (§ 99, III ZPO). Andererseits ist der Ausspruch der Erledigung im Kostenurteil zulässig, hat aber dann nur deklaratorischen Charakter; das Urteil ist dann weder eine Entscheidung in der Hauptsache, noch schafft es Rechtskraft in der Hauptsache.[52]

I.

(Gruppe A.)

Die Gruppe A ist dadurch gekennzeichnet, daß die Erledigung auf der übereinstimmenden Erledigungserklärung beider Parteien beruht. Daher tritt in dem Augenblick, in dem die entsprechende Erklärung beider Parteien vorliegt, die Erledigung ein, gleichgültig, ob die Erklärungen gleichzeitig oder nacheinander abgegeben werden. Irgend eine Maßnahme des Gerichts, also etwa ein Beschluß, ist zur Erledigung nicht erforderlich. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Parteiherrschaft. Denn inwieweit das Gericht tätig

---

51. Vgl. Jaeger A. 24 zu § 29 KO.

52. So die allgemeine Meinung; vgl. Jonas A. III zu § 91 u. A. V, 1 zu § 99; Bb A. 2A zu § 91; RG 46, 348; Gruch 44, 1162; RG 58, 415.

wird, bestimmt sich nach den Anträgen und dem Vorbringen der Parteien. Entziehen nun die Parteien durch ihre Erledigungserklärungen die Hauptsache dem Prozeß, so wären Maßnahmen des Gerichts, die eine Erledigung der Hauptsache aussprächen, für den Eintritt dieser Erledigung gegenstandslos.

Eine andere Frage ist, ob nicht das Gericht bei Erledigung der Hauptsache den Eintritt der Erledigung in dem Verfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit kenntlich machen wird. So wird das Gericht die Erklärungen, aus denen sich die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ergibt, in das Protokoll aufnehmen. Auch kann das Gericht die Erledigung durch Aktenverfügung kenntlich machen, obwohl sich das meist erübrigen wird, da die Erledigung bereits aus dem Umstand ersichtlich ist, daß die Parteien lediglich über die Kosten weiter streiten. Erforderlich zur Herbeiführung der Erledigung sind alle diese Maßnahmen nicht.

Die Erledigungserklärungen der Parteien müssen in prozessual erheblicher Form abgegeben werden, d. h. nach dem Grundsatz der Mündlichkeit (§ 128 ZPO) unmittelbar in der mündlichen Verhandlung. Die für diesen Grundsatz geltenden Einschränkungen, wie etwa die nach § 137, III ZPO zulässige Bezugnahme auf Schriftstücke, finden ebenso Anwendung wie die für die Prozeßhandlungen geltenden besonderen Grundsätze, so etwa, daß Vorschriften des materiellen Rechts über Anfechtung oder Nichtigkeit wegen Willensmängel in der Erklärung ausscheiden.[53] Aus dem Charakter der Erklärungen als Prozeßhandlungen ergibt sich weiter, daß die Erklärungen auch stillschweigend abgegeben werden können, sofern der Wille der Parteien nur genügend klar erkenntlich ist, und daß das Verhalten der Parteien für die Frage, ob und mit welchem Inhalt eine Erledigungserklärung abgegeben ist, nach den Gesichtspunkten zu beurteilen ist, die für Prozeßhandlungen allgemein gelten.

II.

(Gruppe B.)

Durch den Tod einer Partei bei unvererblichem Streitgegenstand wird zwar die Hauptsache erledigt, der Prozeß in seiner Gesamtheit jedoch nur unterbrochen; denn die Kosten sind noch nicht erledigt; soweit es sich um diese handelt, bleibt es bei der Regel des

53. h. M., vgl. Bb, Grundzüge 5 B vor § 128.

§ 239 ZPO: Der Prozeß wird unterbrochen, und die Kosten bleiben anhängig. Der Tod der Partei ist die Ursache der Unterbrechung, und er ist gleichzeitig maßgeblich für den Zeitpunkt der Unterbrechung, unabhängig von der Kenntnis des Gerichts und der sonstigen Beteiligten.[54] Es bestehen keine Bedenken, den Tod der Partei auch für die andere von ihm verursachte Folge, die Erledigung der Hauptsache, als maßgeblichen Zeitpunkt anzusehen.[55] Schwieriger liegt der Fall, wenn die verstorbene Partei einen Prozeßbevollmächtigten hatte. Eine Unterbrechung tritt hier nach § 246 ZPO ohne besonderen Antrag nicht ein. Auch diese für die Unterbrechung geltende Regelung auf die Erledigung der Hauptsache anzuwenden, ist jedoch nicht angängig. Die unterschiedliche Regelung zwischen § 239 ZPO und § 246 ZPO beruht auf dem Gedanken, daß bei Fehlen einer Prozeßvertretung zunächst niemand vorhanden ist, der die Interessen der verstorbenen Partei dem Gegner gegenüber wahrnehmen kann, während bei einer Prozeßvertretung diese Aufgabe von dem Bevollmächtigten übernommen werden kann, dessen Vollmacht nach § 86 ZPO von dem Tod seines Vollmachtgebers nicht berührt wird.[56] Dieser Gedankengang ist aber nur insoweit anwendbar, als der Prozeß anhängig bleibt. Soweit er erledigt ist, kommt eine Fortsetzung ohnehin nicht mehr in Frage, so daß insoweit ein Prozeßbevollmächtigter gar keine Möglichkeit mehr hat, den Prozeß weiterzuführen. Bei unvererblichem Streitgegenstand ist daher der Zeitpunkt des Todes einer Partei für die Erledigung der Hauptsache auch dann maßgeblich, wenn die verstorbene Partei durch einen Prozeßbevollmächtigen vertreten war. Bezüglich der Kosten bleibt es bei der Regel des § 246 ZPO.

Es bestehen keine Bedenken, die gleichen Grundsätze auf den Konkursfall (S. 24 bis 25) anzuwenden und somit anzunehmen, daß das Ergebnis, welches den Wegfall der Partei bewirkt, auch der maßgebliche Zeitpunkt für die Erledigung der Hauptsache ist, unabhängig von der Kenntnis des Gerichts und der sonstigen Beteiligten. Das bedeutet Erledigung der Hauptsache im Zeitpunkt der Konkursbeendigung.

---

54. Vgl. Bb, Einführg. 1, b, aa vor § 239; Jonas A. I pr. zu § 239.
55. Vgl. Verweisung von Jonas in A. I 2. Absatz zu § 628 auf § 239.
56. Vgl. Jonas A. I zu § 246.

3. Abschnitt.

Die Kostenfrage.

Ist die Hauptsache erledigt, so fragt sich, was mit den Kosten zu geschehen hat.

I.

Wird kein besonderer Antrag auf Entscheidung über die Kosten gestellt, so bleiben die Kosten anhängig und unerledigt. Dies ergibt sich aus § 308, I ZPO, der den Grundsatz enthält, daß das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist (ne eat iudex ultra petitum partium). Zwar gilt nach Abs. II von § 308 ZPO eine Ausnahme von diesem Grundsatz für die Kosten, über die das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen hat. Voraussetzung für diese Ausnahme ist jedoch, daß eine Entscheidung in der Hauptsache ergeht; sind die Kosten selbst Hauptsache geworden, so bleibt es bei der Regel des Absatz I.[57] Das läßt sich aus folgendem Gedankengang entnehmen:

Die Rechtsschutzidee erfordert, daß die Partei, welche mit Recht im Prozesse streitet, den Rechtsschutz unentgeltlich gewährt erhält, also in die Lage versetzt wird, etwa aufgewendete Kosten vom Gegner wieder zu erlangen. Daher ist das Gericht gehalten, im Falle einer Entscheidung in der Hauptsache über die Kosten auch ohne besonderen Antrag zu erkennen. Dieser Gedanke entfällt, wenn die Hauptsache erledigt und damit der Entscheidung des Gerichts entzogen ist; denn ein Rechtsschutz wird dann nicht mehr beansprucht. Es kann in diesem Falle auch nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit ein Interesse der Parteien an einer Kostenentscheidung vorausgesetzt werden. Möglicherweise werden die Parteien, etwa im Falle einer Einigung über die Hauptsache, auf die Kosten in keiner Weise mehr eingehen, auch wenn sich die Einigung nicht ausdrücklich auf die Kosten erstreckt.

Aus allen diesen Gründen erfordert das isolierte Kostenurteil einen besonderen Antrag.

II.

Wird ein Antrag auf Entscheidung über die Kosten gestellt, so ist zu klären, nach welchen Gesichtspunkten das Gericht seine Entscheidung zu treffen hat, da eine ausdrückliche Regelung dieses Falles in der Zivilprozeßordnung nicht enthalten ist.

57. Vgl. Jonas A. II zu § 308; Bb A. 2 zu § 308.

1. Auszugehen ist von der für die Kostenentscheidung grundlegenden Vorschrift des § 91 ZPO, wonach die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Da eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift mangels eines tatsächlichen Unterliegens einer Partei nicht möglich ist, so muß das Gericht hypothetisch über die Frage des Unterliegens entscheiden, um eine Grundlage für die Kostenentscheidung zu erhalten.[58] Für das hypothetische Urteil, das diese Grundlage bildet, besteht die Möglichkeit, es entweder abzustellen auf die Sachlage zur Zeit der Erledigung oder auf die Sachlage, die als Endstadium des Prozesses ohne die Erledigung eingetreten wäre. Diese beiden Möglichkeiten lassen sich allgemein folgendermaßen formulieren:

Die Kosten sind so zu verteilen, wie sie verteilt worden wären,

a) wenn im Augenblick der Erledigung eine Entscheidung zur Hauptsache ergangen wäre;

b) wenn die Erledigung nicht eingetreten und eine Entscheidung zur Hauptsache nach vollständiger Durchführung des Prozesses ergangen wäre.

Die Möglichkeit zu b) hat nur dann Bedeutung, wenn der Prozeß im Augenblick der Erledigung noch nicht spruchreif war. Denn für den Fall, daß die Erledigung nicht eingetreten wäre, käme eine Fortsetzung des Prozesses nur unter der Voraussetzung in Frage, daß er noch nicht entscheidungsreif war. Demnach ist zu scheiden:

α) Der Prozeß war im Augenblick der Erledigung spruchreif. Dann sind die Kosten zu verteilen, wie sie verteilt worden wären, wenn ein Urteil zur Hauptsache ergangen wäre. Eine Unterscheidung der Möglichkeiten a) und b) kommt nicht in Betracht, da die dort genannten Zeitpunkte zusammenfallen.

β) Der Prozeß war im Augenblick der Erledigung noch nicht spruchreif. Für diesen Fall scheiden beide Arten der hypothetischen Entscheidung aus:

Was zunächst die Möglichkeit unter a) betrifft, so ist sie aus folgenden Gründen nicht anwendbar:

Nach § 300 ZPO hat das Gericht ein Endurteil zu erlassen, sobald der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist. Die Spruchreife des Prozesses ist hinsichtlich seiner Zeitdauer nicht nur ein Höchst-, sondern auch ein Mindesterfordernis, d. h. der Zeitpunkt der Spruch-

58. Vgl. RG 57, 385.

reife ist der späteste und zugleich auch der früheste Zeitpunkt, in dem das Urteil zu erlassen ist. Alle prozessualen Vorgänge, die vor der Spruchreife liegen, sind für ein ordnungsmäßiges Urteil notwendig, und alle Vorgänge, die hinter diesem Zeitpunkt liegen, sind überflüssig. Daraus folgt, daß eine Endentscheidung, die vor Spruchreife getroffen wird, mangelhaft sein muß. Ist nun eine hypothetische Entscheidung mit einem solchen Mangel behaftet, so überträgt sich dieser Mangel auch auf die Kostenentscheidung, der die hypothetische Entscheidung als Grundlage dient. Das zu beurteilende Prozeßmaterial kann unter Umständen so dürftig sein, daß ein hypothetisches Urteil nicht einmal mit einiger Sicherheit gefällt werden kann. Man denke z. B. an den Fall, daß der Kläger in der Klageschrift für seine Behauptungen noch keinen Beweis angetreten hat, dies dann auf das Bestreiten des Beklagten hin zu tun beabsichtigt, jedoch hierzu nicht mehr kommt, weil der Rechtsstreit durch ein äußeres zufälliges Ereignis, etwa den Untergang der Streitsache, erledigt wird. Wie soll in diesem Fall das Gericht hypothetisch entscheiden, wenn die Klage schlüssig war und die Entscheidung davon abhing, ob die Behauptungen des Klägers begründet waren oder nicht? Eine Beweisfälligkeit des Klägers kann nicht angenommen werden, da er in dem bisherigen Abschnitt des Prozesses noch gar nicht gehalten war, Beweis für seine Behauptungen anzutreten, sondern ruhig abwarten durfte, wie sich der Beklagte auf die Behauptungen der Klageschrift verhalten würde und inwieweit ein Beweisantritt überhaupt notwendig werden würde. Umgekehrt ein Unterliegen des Beklagten anzunehmen, geht ebenfalls nicht an, da der Kläger möglicherweise beweisfällig geblieben wäre oder mit seinen Beweismitteln keinen Erfolg gehabt hätte. Aber selbst in nicht derart extrem gelagerten Fällen wird das hypothetische Urteil, das über einen noch nicht spruchreifen Prozeß entscheidet, immer gegen das Prinzip des § 300 ZPO verstoßen, und damit ist dann die Kostenentscheidung mit einem Mangel behaftet, der sich weder mit dem Gesetz noch mit dem Ansehen und der Bedeutung einer gerichtlichen Entscheidung verträgt.

Was die oben (Seite 29) unter b) angegebene Möglichkeit betrifft, so schafft sie keine Abhilfe. Denn es ist nicht möglich, auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit vorauszusehen, wie der Prozeß verlaufen wäre, wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre. Irgend welche Mutmaßungen in dieser Hinsicht sind jedenfalls als Grundlage einer Entscheidung unbrauchbar.

Als Ergebnis der Betrachtungen über das hypothetische Urteil ist zweierlei festzustellen:

Erstens kann ein hypothetisches Urteil, das einer Kostenentscheidung als Grundlage dienen soll, nur auf die im Augenblick der Erledigung vorhandene Prozeßlage abgestellt werden, nicht aber auf die zu vermutende Prozeßlage, die ohne Erledigung eingetreten wäre.[59] Zweitens kann diese Theorie des hypothetischen Urteils, welche viel vertreten wird,[60] für die Entscheidung über die Kosten nur dann Anwendung finden, wenn der Prozeß im Augenblick der Erledigung spruchreif war. Daher kann die Frage der Kostenentscheidung in allen Fällen, in denen der Prozeß bei der Erledigung noch nicht spruchreif war, durch ein hypothetisches Urteil über die Hauptsache nicht gelöst werden. Hier muß ein anderer Weg gefunden werden.

2. Um eine andere Grundlage als das hypothetische Urteil für die Kostenentscheidung zu finden, müssen die für die Kostenregelung der Zivilprozeßordnung geltenden Prinzipien herausgearbeitet und dann auf eine immer allgemeinere und abstraktere Form solange zurückgeführt werden, bis sie auf die Fälle der Erledigung Anwendung finden können, die sich einer Lösung durch das hypothetische Urteil entziehen.

§ 91 ZPO stellt die Regel auf, daß die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat. Diese Regel wird modifiziert durch § 92 ZPO, wonach die Kosten nach dem Grunde des Unterliegens bzw. Obsiegens unter den Parteien verhältnismäßig zu teilen sind. Eine Ausnahme von der Regel bringt § 93 ZPO, wonach dem obsiegenden Kläger die Kosten zur Last fallen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat und außerdem im Prozeß den Anspruch sofort anerkennt. Bringt man diese Gedanken auf eine allgemeinere Formel, so ergeben sich Prinzipien, die durch weitere Vorschriften der Zivilprozeßordnung bestätigt werden, ohne daß ein neuer Gedanke hinzukommt. Die allgemeine Regel läßt sich dahin formulieren, daß der Grad des Erfolges im Prozeß für die Kostenverteilung maßgeblich ist, während die Ausnahme besagt, daß eine Partei, auch wenn eine von ihr vorgenommene prozessuale

59. Vgl. JW 1904, 491/92.

60. RG 58, 416/7; Jonas A. III zu § 91; SeuffW A. 4 zu § 91; Bb A. 2 B zu § 91; RG 101, 164; JW 1934, 1922; RG 52, 259 57, 385; 114, 232. WarnRspr 1919 Nr, 104 a. E.

Maßnahme zum Erfolg führt, die Kosten für den Fall trägt, daß diese Maßnahme nicht notwendig war. Das Prinzip des Erfolges findet sich in § 96, § 97, I und ferner in allgemeinerer Form in § 271, III, 1 ZPO. Das Prinzip der anteilmäßigen Kostentragung ist in § 98 ZPO enthalten, und das Prinzip der Notwendigkeit einer prozessualen Maßnahme in § 94, § 97, II, § 91, I, 1 (bezüglich der Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten) und in ganz allgemeiner Form in § 95 und § 344 ZPO. Damit sind die Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung auf die drei Prinzipien des Erfolges einer prozessualen Maßnahme, der Gradmäßigkeit dieses Erfolges und der Notwendigkeit der Maßnahme zurückgeführt. Für das Prinzip der Notwendigkeit einer prozessualen Maßnahme ist noch die Beweislast zu beachten: Aus der Fassung von § 93 ZPO („Hat der Beklagte ....“ d. h. „Falls der Beklagte .... hat“) ergibt sich, daß er eine Ausnahmevorschrift ist; deshalb hat der Beklagte, der sich auf § 93 ZPO beruft, um von der Kostenlast freizukommen, das Fehlen der Klageveranlassung zu beweisen.[61] Daraus ist allgemein zu folgern, daß die Partei, die die Entbehrlichkeit einer prozessualen Maßnahme zu ihren Gunsten geltend macht, die Entbehrlichkeit zu beweisen hat.

Abschließend kann man demnach die Kostenregel für die Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, die sich mangels Spruchreife des Prozesses im Augenblick der Erledigung durch ein hypothetisches Urteil nicht erfassen lassen, folgendermaßen formulieren:

Die Kosten sind nach dem Grade des gegenseitigen Erfolges und Mißerfolges[62] derart zu verteilen, daß die erfolglose Partei die Kosten trägt; eine Ausnahme gilt insoweit, als prozessuale Maßnahmen nicht notwendig waren; insoweit trägt die Partei, die die Maßnahme veranlaßt hat, auch dann die Kosten, wenn die Maßnahme erfolgreich war.

---

61. Vgl. Bb A. 2A zu § 93 a. E.; Jonas A. III, 1 zu § 93; SeuffW A. 3 zu § 93; OLG 27, 43.

62. Es werden absichtlich die Begriffe Erfolg und Mißerfolg statt Obsiegen und Unterliegen gebraucht; denn den Wörtern Obsiegen und Unterliegen haftet begrifflich der Gedanke eines zwangsweise beendeten Streites an, also im Prozeß der Gedanke einer Beendigung durch Urteil in der Hauptsache; für ein Nachgeben, sei es auch auf Druck der anderen Partei hin, ist das Wort Unterliegen kein völlig treffender Ausdruck.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Regel ist, daß der Erfolg der einen Partei auf dem Nachgeben der anderen Partei beruht, bzw. umgekehrt, daß der Mißerfolg der einen Partei darauf zurückzuführen ist, daß der Gegner mit seinem Standpunkt durchgedrungen ist; man könnte auch sonst nicht von einem gegenseitigen Erfolg und Mißerfolg sprechen. Erkennt z. B. der Beklagte den Klageanspruch an, und erledigt sich dadurch der Prozeß in der Hauptsache, so ist das Anerkenntnis als Erfolg des Klägers und als Mißerfolg des Beklagten zu werten; denn der Kläger ist in Höhe des Anerkenntnisses mit seinem Standpunkt nur durchgedrungen, weil der Beklagte in gleichem Umfang nachgegeben hat. Anders liegt nun aber der Fall in dem oben (S. 30) angeführten Beispiel, welches die Nichtanwendbarkeit der Theorie des hypothetischen Urteils auf die im Augenblick der Erledigung noch nicht spruchreifen Prozesse besonders augenfällig erläutern sollte. Hier kann keine der Parteien als erfolgreich oder erfolglos gegenüber der anderen angesehen werden, da keine der Parteien durch die andere zur Aufgabe des Streites veranlaßt worden ist, sondern vielmehr durch eine von außen eingreifende Veränderung der Umstände, welche, hätte sie von Anfang an bestanden, die Entstehung des Prozesses überhaupt verhindert hätte. Für Fälle mit derartiger Sachlage ist daher noch ein weiterer Ausweg für die Kostenverteilung zu finden.

3. Kann weder ein hypothetisches Obsiegen und Unterliegen noch ein gegenseitiger Erfolg und Mißerfolg der Parteien festgestellt werden, so kommen die Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung für eine Entscheidung der Kostenfrage überhaupt nicht mehr in Betracht, da selbst die entferntesten Analogien ein gegenseitiges Plus und Minus der Parteien zur Voraussetzung haben.[63] Es bleibt für diesen Fall nur die Möglichkeit, die Kosten demjenigen Teil aufzuerlegen, der das Risiko des Prozesses trägt. Dieser Teil ist der

63. Insofern irrig OLG 29, 32/33. In dem hier behandelten Fall wurde der auf Aufhebung der Gütergemeinschaft gerichtete Klageanspruch dadurch erledigt, daß im Verlauf des Prozesses die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden wurde. Das Oberlandesgericht hat in Analogie zu § 91 ZPO der Klägerin die Kosten auferlegt mit der Begründung, den Mißerfolg habe die Klägerin, die nach rechtskräftiger Scheidung nicht mehr imstande sei, ihren Anspruch durchzusetzen. Diese Analogie zu § 91 ZPO ist nicht gerechtfertigt; denn der „Mißerfolg" der Klägerin beruhte nicht darauf, daß der Beklagte seinen Standpunkt durchsetzte; vielmehr war auch der Beklagte dazu nicht imstande, weil die Scheidung der Ehe die Anträge beider Parteien gegenstandslos machte.

Kläger. Denn das Risiko einer Maßnahme kann immer nur der tragen, der die Maßnahme veranlaßt hat,[64] und der Prozeß ist vom Kläger veranlaßt. Diese Entscheidung läßt sich auch von der negativen Seite dahin begründen, daß dem Beklagten als dem angegriffenen Teil, der nur auf Grund der Klage zu einer Beteiligung am Prozeß gezwungen wurde, die Tragung von Prozeßkosten auf keinen Fall zuzumuten ist. Daher sind die Kosten in den Fällen der Erledigung, die sich weder nach der Idee des hypothetischen Urteils noch nach der Idee des Erfolges und Mißerfolges der Parteien entscheiden lassen, dem Kläger aufzuerlegen.[65]

4. Damit sind drei Regeln gefunden, die bei einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache für die Kostenverteilung maßgeblich sind. Die erste Regel, die Entscheidung auf Grund eines hypothetischen Urteils, hält sich noch ziemlich eng an den Wortlaut der Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung. Die zweite Regel, die Entscheidung nach dem Erfolg und Mißerfolg der Parteien, ent-

---

64. Vgl. Baumbach A. 1A zu § 91: „Jede Partei trägt die Gefahr ihres Antrages". Aus diesem Satz darf nicht gefolgert werden, daß der Beklagte das gleiche Risiko trägt wie der Kläger, weil auch er einen Antrag, nämlich einen Abweisungsantrag, gestellt hat. Denn es handelt sich nicht um die Erledigung der Anträge, sondern um die Erledigung des Prozesses. Der Satz Baumbachs ist daher nur analog anzuwenden.

65. Vgl. zu dem Gedanken des Prozeßrisikos Bb A. 2B „Erledigung nach Anhängigkeit" unter a) zu § 91; HRR 1935, 1542; JW 1930, 177 und 1086. Besonders charakteristisch ist der in JW 1930, 177 behandelte Fall: Der Kläger hatte gegen die Beklagte Klage erhoben auf Herausgabe des aus der Ehe hervorgegangenen Sohnes. Die Beklagte wurde durch Versäumnisurteil nach dem Klageantrag verurteilt. Sie legte Einspruch ein. Inzwischen hatte das Vormundschaftsgericht das Sorgerecht für die Person des Kindes der Mutter übertragen. In der ersten mündlichen Verhandlung über den Einspruch erklärte daraufhin der Kläger, daß er auf die Rechte aus dem Versäumnisurteil verzichte, und beantragte, der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Hier ist eine Kostenentscheidung auf Grund eines hypothetischen Urteils über die Hauptsache nicht möglich, da mit dem Beginn der streitigen Verhandlung bereits die Erledigung eintrat und der Prozeß infolgedessen noch nicht entscheidungsreif war. Von einem Mißerfolg des Klägers und einem Erfolg der Beklagten läßt sich auch nicht sprechen, da keine der Parteien nachgegeben hat oder durchgedrungen ist, vielmehr der Beschluß des Vormundschaftsgerichts über das Personensorgerecht den Rechtsstreit über die Hauptsache und damit die hierauf bezüglichen Anträge beider Parteien gegenstandslos machte, also nicht einer Partei zu ihren Gunsten angerechnet werden kann.

fernt sich schon sehr viel mehr von dem Wortlaut des Gesetzes. Die dritte Regel schließlich, die Entscheidung nach dem Prozeßrisiko, beruht überhaupt nicht mehr auf den Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung. Aus diesem Grunde stehen die drei Regeln zueinander im Verhältnis der Subsidiarität, derart, daß die folgende der vorhergehenden subsidiär ist. Das bedeutet praktisch, daß jeder Fall einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zunächst auf seine Spruchreife im Augenblick der Erledigung zu prüfen ist. Besteht Spruchreife, so ist nach der ersten Regel zu verfahren. Anderenfalls ist zu prüfen, ob ein Erfolg und Mißerfolg der Parteien vorliegt. Bejahendenfalls ist nach der zweiten Regel zu entscheiden. Für alle übrigen Fälle gilt die dritte Regel.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Gruppen, in die die Fälle der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache oben (S. 16) eingeteilt wurden, führt zu folgendem Ergebnis:

Zu Gruppe A und B gemeinsam:

In beiden Gruppen können Fälle auftreten, in denen der Prozeß im Augenblick der Erledigung spruchreif ist, also auf Grund eines hypothetischen Urteils zu entscheiden ist. Für die Regel des hypothetischen Urteils weisen demnach die Fälle der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache keinerlei Unterschiede untereinander auf. Anders dann, wenn ein hypothetisches Urteil nicht möglich ist und die zweite oder dritte Regel anzuwenden ist. Hier gilt folgendes:

Gruppe A:

Die Aufgabe des Streites kann, wie schon oben (S. 12/13) erwähnt, auf eine Einigung der Parteien oder auf außerhalb des Prozesses liegende Vorgänge zurückzuführen sein. Bei einer Einigung kann von einem Erfolg und Mißerfolg der Parteien gesprochen werden; hier findet demnach die zweite Regel Anwendung.[66] So sind z. B. bei einem Anerkenntnis dem Beklagten und bei einem Verzicht dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, während sie bei einem Vergleich unter den Parteien anteilmäßig nach Maßgabe des Vergleichs zu verteilen sind — immer vorausgesetzt, daß nicht die erfolglose Par-

66. Vgl. Mannherz in Gruch 49, 75, der diese Regel allerdings von vornherein anwenden will unter Ablehnung eines hypothetischen Urteils.

tei nachweist, daß irgend welche Kosten verursachenden Maßnahmen der erfolgreichen Partei überflüssig waren (vgl. oben S. 32).

Beruht die Aufgabe des Streites auf außerhalb des Prozesses liegenden Vorgängen, so kann von einem Erfolg und Mißerfolg der Parteien nicht gesprochen werden, da hier dem Streit die Grundlage ohne Dazutun der Parteien entzogen wird.[67] In diesen Fällen bleibt nur die Anwendung der dritten Regel, d. h. die Kosten sind dem Kläger aufzuerlegen.

Gruppe B:

Da der Tod einer Partei nicht als ein Mißerfolg dieser Partei gegenüber der anderen angesehen werden kann, gilt für die gesamte Gruppe B die dritte Regel: Der Kläger trägt die Kosten.[68]

67. Vgl. oben S. 33 u. S. 34 A. 65.
68. a. M. RG 58, 417; Bb A. 3 zu § 628; Jonas A. III zu § 91.

2. Teil:

Das französische Recht.

Es soll nunmehr an Hand der typischen Fälle das deutsche und das französische Recht verglichen werden. Als Gliederung sollen die für das deutsche Recht gefundenen Fallgruppen A und B zugrunde gelegt werden.

1. Abschnitt:

Gruppe A: Aufgabe des Streites durch die Parteien.

I.

1. Dem Anerkenntnis, welches durch Nachgeben des Beklagten eine Beendigung des Prozesses herbeiführt, entspricht im französischen Recht das „acquiescement". Es hat mit dem Anerkenntnis gemeinsam, daß vom Beklagten der Anstoß zur Beendigung des Prozesses gegeben wird, derart, daß der Beklagte die Begründetheit des Klageanspruches anerkennt und damit dem Verlangen des Klägers schlechthin zustimmt,[1] zum Unterschied vom Geständnis, welches sich nur auf behauptete Tatsachen erstreckt.[2] Das acquiescement unterscheidet sich jedoch vom Anerkenntnis darin, daß es vollständige Befriedigung des Klägers durch den Beklagten verlangt.[3] Während es etwa bei einer Klage auf Leistung einer Sache oder Zahlung einer Geldsumme für ein Anerkenntnis genügt, daß der Beklagte den Klageanspruch einräumt, gehört zu einem

---

1. GC III, 778/79: „L'acquiescement .... termine .... l'instance du côte du défendeur ....." GT II, 597: „.... si se défendeur reconnaît le bien-fondé de la demande, déclare y acquiescer ....."

2. Vgl. Soufflier unter „aveu": „L'aveu ne peut porter que sur un fait".

3. GT II, 597: „L'acquiescement .... ne supprime le droit d'action .... et .... ne met fin à l'instance que si le défendeur reçoit pleine satisfaction ...."

acquiescement, daß der Beklagte die Sache auch wirklich leistet bzw. die Geldsumme tatsächlich zahlt.[4] Dieser Unterschied ist jedoch für eine Erledigung des Rechtsstreits mehr konstruktiver als praktischer Natur, wie die folgende Gegenüberstellung zeigt:

Es ist oben S. 19 dargelegt, daß das Anerkenntnis nur dann zu einer Erledigung des Rechtsstreits führt, wenn der Kläger sich mit einer solchen Erledigung durch das Anerkenntnis einverstanden erklärt. Beim acquiescement scheint dies auf den ersten Blick nicht der Fall zu sein; denn das acquiescement führt allein die Beendigung des Prozesses ohne Urteil in der Hauptsache herbei, und dies wird als die eigentliche Wirkung des acquiescement betrachtet, ohne daß es auf ein Einverständnis des Klägers mit der Beendigung des Prozesses ankäme.[5] Die praktische Uebereinstimmung mit dem deutschen Recht ergibt sich jedoch daraus, daß für das acquiescement „pleine satisfaction" des Klägers in der oben beschriebenen Weise verlangt wird. Denn eine solche vollständige Befriedigung des Klägers ist erst dann unstreitig, wenn der Kläger mindestens stillschweigend zu erkennen gegeben hat, daß er sich für voll befriedigt hält. Leugnet der Kläger, befriedigt zu sein, und stellt sich dies als richtig heraus, so liegt ein acquiescement nicht vor, d. h. in Hinblick auf die praktische Wirkung, der Prozeß ist nicht beendet; vielmehr hat jetzt der Kläger die Möglichkeit, ein Urteil gegen den Beklagten zu erwirken.[6] Hat der Kläger die Befriedigung zu Unrecht geleugnet und hält er seinen Klageantrag trotzdem aufrecht, so muß ein klageabweisendes Urteil ergehen, da sein etwaiger Anspruch durch die vollständige Befriedigung seitens des Beklagten auf jeden Fall erloschen ist. Andererseits kann der Kläger, auch wenn er nicht vollständig oder überhaupt nicht befriedigt ist, sich auf Grund des acquiescement des Beklagten für vollständig befriedigt erklären, um dadurch im Einverständnis mit dem Beklagten den Rechtsstreit seine Erledigung finden zu lassen. Da der freien Vereinbarung einer solchen Rechtslage durch die Parteien infolge des auch im französischen Prozeßrecht geltenden Grundsatzes der

4. GT II, 598: „.... il ne suffit pas que le défendeur déclare acquiescer à la demande; il faut qu'il fournisse la prestation convenue ou paie la somme due ....."

5. GT II, 597: „L'instance prend fin si le défendeur ..... Il n'y a plus de litige. Le droit d'action est épuisé." Vgl. auch S. 37 A. 1 u. 3.

6. GT II, 598: „... sinon le demandeur a le droit de poursuivre l'instance pour obtenir condamnation."

Parteiherrschaft[7] nichts im Wege steht, müßte das Gericht den Kläger für vollständig befriedigt und den Rechtsstreit als erledigt ansehen. Damit ergibt sich Uebereinstimmung des deutschen und französischen Rechts in dem Punkt, daß für eine Erledigung des Rechtsstreits durch Anerkenntnis bzw. acquiescement die Mitwirkung des Klägers erforderlich ist.

Zu der Frage, ob ein acquiescement eine Erledigung des Prozesses herbeiführen kann, die allein die Hauptsache betrifft, ist folgendes auszuführen:

Das acquiescement gehört zu einer Gruppe von Fällen, welche als „termination d'une instance sans jugement" bezeichnet wird. In all diesen Fällen ist nun zur Beendigung des Prozesses noch ein Urteil notwendig, welches den Prozeß für erledigt erklärt. Da dieses Urteil jedoch keine Sachentscheidung über die Hauptsache darstellt, so läßt sich in diesem Sinne die Bezeichnung „termination sans jugement" rechtfertigen.[8] Die Tatsache, daß in jedem Fall ein Urteil erlassen wird, steht also nicht der Möglichkeit entgegen, daß das Urteil eine sachliche Entscheidung allein über einen Streit der Parteien hinsichtlich der Kosten enthält. Daß ein solcher Streit Gegenstand der Verhandlung und des Urteils werden kann, bedarf ausdrücklicher Hervorhebung. Denn aus dem Satz, daß das acquiescement die Verpflichtung zur Tragung der Kosten in sich begreift, und daß der Kläger, falls sich der Beklagte dieser Verpflichtung entziehen will, notfalls den Prozeß zur Erlangung eines dem Beklagten die Kosten auferlegenden Urteils fortsetzen kann,[9] ließe sich entnehmen, daß die Kostenpflicht des Beklagten bei einem acquiescement unveränderlich feststände und ein anders lautender Entscheid vom Gericht nicht getroffen werden könnte. Daß dem

---

7. GT II, 380: „En principe .... la direction et la conduite du procès sont .... réservées aux parties .. Les parties ont l'initiative des actes de procédure .." GC II, 45 Nr. 22: „Un caractère essentiel de la procédure française, c'est qu'elle est dirigée par les parties.."

8. GC III, 662: „Dans tous ces cas un jugement doit être rendu pour déclarer l'instance éteinte, mais le fond du procès n'est pas jugé et c'est en ce sens qu'il est vrai de dire qu'il ne finit pas par un jugement."

9. GT II, 598: „Et dans tous les cas, l'acquiescement à la demande implique obligation de payer les dépens engagés par le demandeur: celui-ci pourrait poursuivre l'instance pour obtenir condamnation aux dépens s'ils n'étaient pas payés volontairement ...." GC III, 813/14: „L'acquiescement implique soumission ..; .... entraîne soumission de payer .. les dépens .."

jedoch nicht so ist und der angegebene Satz nur den Regelfall darstellt, von dem Ausnahmen möglich sind, ergibt sich aus einem Eingehen auf die Gründe dieser Kostenregel. Letztere beruht nämlich auf einer Anwendung der allgemein für die Kostenentscheidung im Prozeß maßgeblichen Vorschrift des art. 130 code de procédure civile, wonach die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat.[10] Da nun aber Ausnahmen von dieser Vorschrift möglich sind, derart, daß der obsiegenden Partei die Kosten auferlegt werden können,[11] führt die Anwendung dieser allgemeinen Kostenprinzipien auf das acquiescement zu der Möglichkeit, unter Umständen dem Kläger die Kosten aufzuerlegen. Dies in Verbindung mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft[12] ergibt die Möglichkeit eines Streites und einer gerichtlichen Entscheidung über die Kosten. Somit kann das acquiescement, ebenso wie das Anerkenntnis, zu einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache führen.

Hinsichtlich der Form gilt für das acquiescement das Gleiche wie für das Anerkenntnis: Es kann in jeder Form, auch stillschweigend, abgegeben werden.[13]

Ein Unterschied zum deutschen Recht besteht für den Zeitpunkt, in dem die Erledigung eintritt. Dadurch, daß in jedem Fall ein Urteil nötig ist,[14] tritt die Erledigung erst mit Erlaß dieses Urteils ein. Daran ändert auch nichts, daß das Urteil keine Sachentscheidung über die Hauptsache enthält; denn da sein Erlaß zur Erledigung der Hauptsache formell notwendig ist, kann vor diesem Erlaß eine Erledigung nicht eintreten.

2. Es ist nunmehr auf die Kostenentscheidung näher einzugehen.

Auszugehen ist von den beiden Vorschriften des art. 130 und 131 code de procédure civile. Die grundlegende Vorschrift ist art. 130, welcher, wie gesagt, bestimmt, daß die unterliegende Partei

---

10. GC III, 530/31: „Peu importe comment il succombe, qu'il .... qu'il acquiesce en cours d'instance à la demande formée contre lui, il succombe tujours et doit payer les frais"

11. Vgl. Petite collection Dalloz A. 7 zu art. 130 code pr. civ.; GC III, 534 (Nr. 771).

12. Vgl. S. 39 A. 7.

13. Vgl. GC III, 782.

14. Vgl. S. 39 A. 8.

zur Tragung der Kosten zu verurteilen ist. Eine Modifikation dieser Regel stellt art. 131 dar, wonach „compensation" der Kosten möglich ist, und zwar einmal, wenn zwischen den Parteien bestimmte Verwandtschaftsverhältnisse bestehen, und sodann, wenn beide Parteien hinsichtlich einzelner Punkte unterliegen. Aus dem letzten Satz hat sich für die Gerichte ein weiter Spielraum zur Verteilung der Kosten ergeben. Es wird ihnen ganz allgemein das Recht zugebilligt, nach ihrem Ermessen die Kosten ganz oder teilweise selbst einer bezüglich der Hauptsache erfolgreichen Partei aufzuerlegen, sofern diese Kosten von der erfolgreichen Partei verursacht sind.[15] So können beispielsweise die Kosten einer abgewiesenen Klage dem obsiegenden Beklagten auferlegt werden, wenn die Klage durch seine Schuld notwendig oder kostspieliger geworden ist, da ja der Beklagte bei dieser Sachlage die Möglichkeit gehabt hätte, den Prozeß ganz oder zum Teil zu vermeiden.[16] Auch die Form, in der die Kostenverteilung vor sich geht, braucht sich nicht eng an den Wortlaut des Gesetzes zu halten; an Stelle der im art. 131 code pr. civ. genannten „compensation" ist eine sog. „masse des dépens" möglich, d. h. die sämtlichen Kosten beider Parteien werden zusammen als eine einheitliche Masse betrachtet, welche von den Parteien nach den vom Gericht festgesetzten Anteilen zu tragen ist. Die Berechtigung zu einem solchen Verfahren wird aus dem Gedanken hergeleitet, daß eine „masse des dépens" den Absichten und dem Zweck des Gesetzes besser entspricht als die „compensation."[17]

Die Anwendung dieser Prinzipien auf eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch acquiescement ergibt, daß die Kosten in der Regel der Beklagte zu tragen hat, daß sie jedoch ausnahmsweise auch dem Kläger auferlegt werden können, wenn im einzelnen Fall besondere Gründe dafür sprechen, insbesondere wenn der Kläger durch sein Verhalten das Verfahren ganz oder teilweise veranlaßt hat, obwohl er es hätte vermeiden können.

---

15. Vgl. Petite collection Dalloz A.7 zu art. 130 code pr. civ.: „Les tribunaux sont invertis, quant aux dépens, d'un pouvoir discrétionnaire .."

16. GC III, 534 Nr, 771: „Les frais d'une action déclarée mal fondée peuvent être mis à la charge du défendeur qui triomphe, mais qui l'a rendue, par sa faute, nécessaire ou plus coûteuse ..; .. le défendeur est absous, mais c'est à lui .."

17. Vgl. GC III, 546 Nr. 778: „On peut, aussi, régler les dépens en.."

II.

Die Beendigung des Prozesses durch Nachgeben des Klägers ist das désistement.[18] Es ist zu unterscheiden zwischen dem „désistement de l'instance" und dem „désistement de l'action". Das erstere entspricht der Klagerücknahme des deutschen Rechts und ist daher keine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache; das désistement de l'action entspricht dem Verzicht und kann zu einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache führen. Dies ergibt sich aus den folgenden Ausführungen.

1. Das désistement de l'instance, auf welches allein sich die Vorschriften der art. 402 u. 403 code pr. civ. beziehen,[19] wirkt nach art. 403, 1 zurück, derart, daß die Sachlage als wiederhergestellt gilt, die vor Klageerhebung bestanden hatte. Die Klage mit allen ihren Wirkungen gilt als nicht in Erscheinung getreten; eine etwa eingetretene Unterbrechung der Verjährung gilt nach art. 2247 code civil als nicht erfolgt.[20] Die Sachlage ist die gleiche wie bei der Klagerücknahme des deutschen Rechts; daher gelten die oben (S. 19 bis 20) angegebenen Gründe, wonach die Klagerücknahme keine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache darstellt, auch für das désistement de l'instance.

2. Das désistement de l'action vernichtet nicht nur, wie das désistement de l'instance, den schwebenden Prozeß, sondern das Klagerecht überhaupt.[21] Während das désistement de l'instance einer erneuten Klage nicht im Wege steht,[22] macht das désistement de l'action eine neue Klage unzulässig.[23] Der Prozeß ist also erledigt, und es bleibt darzutun, daß sich das désistement de l'action auch auf die Hauptsache beschränken und dann über die Kosten weiter gestritten werden kann.

18. GT II, 603: „Le désistement est l'abandon de l'instance .. offert par le demandeur ...."

19. GT II, 603: „Les articles 402 et 403 du code de procédure civile ne visent que le désistement de l'instance."

20. Vgl. GC III, 682 Nr. 854, 1: „La demande elle-même est anéantie ...."

21. Vgl. GC III, 663: „Le désistement de l'action est l'acte du demandeur qui renonce à son action et, par conséquence, à son droit, le droit et l'action ne faisant qu'un .."

22. GT II, 603: „Mais si le désistement ne porte que sur l'instance, comme le droit subsiste, rien n'empêche le demandeur de commencer, quand bon lui semble, un nouveau procès."

23. GC III, 698: „.... il éteint le droit lui-même et rend toute nouvelle action non recevable."

Das désistement kann sich nicht nur auf die „instance" oder die „action" erstrecken, sondern auch auf „une ou plusieurs actes de procédure".[24] Schon dies spricht dafür, daß sich das désistement allein auf die Hauptsache beziehen kann.[25] Hierzu kommt ferner das Prinzip der Parteiherrschaft, wonach den Parteien grundsätzlich eine Fortführung des Streites über die Kosten gestattet sein muß. Zu Bedenken Anlaß gibt jedoch art. 403, 2 code pr. civ., wonach das désistement die Verpflichtung zur Tragung der Kosten nach sich zieht. Nun behandelt zwar art. 403 nur das désistement de l'instance; allein daraus, daß der Kläger nicht bloß auf die Durchführung des schwebenden Prozesses, sondern auf sein Klagerecht überhaupt verzichtet, kann nicht geschlossen werden, daß unter Umständen der Beklagte die Kosten zu tragen hätte. Die Gründe für eine anderweitige Kostenverteilung sind vielmehr die gleichen wie beim acquiescement. Die Vorschrift des art. 403 code pr. civ., daß der verzichtende Kläger die Kosten zu tragen habe, beruht nur auf dem Gedanken, daß der Kläger durch sein désistement als der unterliegende Teil angesehen wird, beruht also auf der Anwendung des allgemeinen Prinzips des art. 130 code pr. civ.[26] Die Kostenverteilung beim désistement de l'action wird also aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet, und je nach Lage des Falles kann von der Regel, daß der Kläger die Kosten zu tragen hat, abgewichen werden, so z. B. bei bedingtem désistement.[27] Damit ist die Möglichkeit eines Streites über die Kosten allein gegeben. Das désistement de l'action kann also zu einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache führen.

Das désistement de l'action bedarf zu seiner Wirksamkeit der Mitwirkung des Beklagten. Diese Mitwirkung ist zu unterscheiden

---

24. Vgl. GC III, 663.

25. Vgl. hierzu auch GT II, 603: „.... car nous pouvons en conclure dès maintenant, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'au point de vue du désistement les actes de procédure sont essentiellement divisibles."

26. Dalloz, Répertoire pratique IV, 313 Art. 7 Nr. 153: „Il résulte de la disposition de l'article 403 que la partie qui se désiste, étant réputée succomber, doit supporter les frais conformément au principe général de l'article 130 code pr. civ." Vgl. ferner GC III, 683 Nr. 854: „Le demandeur qui se désiste avoue, par là, qu'il a eu tort de former sa demande, et contracte, ainsi, l'obligation de payer les frais ...."

27. Dalloz, Répertoire pratique IV, 313 Art. 7 Nr. 155: „Si le désistement était conditionnel, la liquidation des dépens devrait se faire conformément aux art. 130 et s."

von der bei dem désistement de l'instance notwendigen „acceptation" durch den Beklagten.[28] Denn da der Beklagte bei einem désistement de l'action im Gegensatz zum désistement de l'instance eine erneute Klage nicht zu fürchten braucht, wird er selten ein Interesse haben, ein désistement de l'action zurückzuweisen, so daß sich in der überwiegenden Zahl der Fälle eine acceptation erübrigt.[29] Immerhin gilt dies nur für die Mehrzahl der Fälle, da dem Beklagten unter Umständen ein Interesse an einem klageabweisenden Urteil zugebilligt werden muß, welches er bei einem désistement nicht erhalten würde. Aus diesem Grunde läßt sich die Mitwirkung des Beklagten beim désistement de l'action dahin formulieren, daß das désistement zwar seiner Zustimmung bedarf, daß diese jedoch im Zweifel als erteilt gilt, also etwa das Schweigen des Beklagten als Zustimmung anzusehen ist. Zwischen dem deutschen und dem französischen Recht herrscht also insoweit Uebereinstimmung, daß beim désistement de l'action ebenso wie beim acquiescement die Zustimmung des Gegners erforderlich ist.

Das désistement de l'action ist an keine Form gebunden; es ist auch gültig, wenn es stillschweigend abgegeben wird, ebenso wie das désistement de l'instance.[30] Unter diesen Umständen wird es zuweilen zweifelhaft sein, ob ein désistement de l'instance oder ein désistement de l'action vorliegt, sofern sich der Kläger nicht ausdrücklich erklärt hat und ein désistement nur aus den Umständen zu entnehmen ist. Es ist in solchen Fällen Sache des Gerichts, nach freiem Ermessen zu entscheiden, welches désistement gemeint ist,[31] wobei für das Vorliegen eines désistement de l'action höhere Anfor-

---

28. Vgl. art. 403, 1 code pr. civ.; GC III, 686 Nr. 855.

29. GC III, 698: „.... l'acceptation de ce désistement est, le plus souvent, inutile, le défendeur n'ayant presque jamais intérêt à la refuser."

30. Vgl. hinsichtlich des désistement de l'action GC III, 700: „La forme de ce désistement n'a rien de particulier: il ne se présume pas, mais il peut, comme le désistement de l'instance, être tacite ...."; vgl. hinsichtlich des désistement de l'instance GC III, 671 Nr. 848, insbes. unter 2: „.... le désistement tacite, souverainement apprécié par le juge du fait, qui résulte d'une attitude incompatible avec le maintien d'une demande antérieurement formée ...."

31. GT II, 596/97: „Dans certains cas il peut être douteux de savoir si un acte constitue un désistement du droit ou un désistement de l'instance seulement. C'est aux juges du fond à apprécier suivant les circonstances ...."

derungen zu stellen sind hinsichtlich der Klarheit und Eindeutigkeit, mit der es zum Ausdruck zu bringen ist; denn das désistement de l'action bedeutet einen weit größeren Verzicht des Klägers als das désistement de l'instance, und es ist im Zweifel nicht zu vermuten.[32]

Hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache auf Grund eines désistement de l'action eintritt, gilt das Gleiche wie beim acquiescement. Denn auch das désistement gehört zu der Gruppe „termination d'une instance sans jugement".[33] Daher tritt aus den oben S. 39 und 40 angegebenen Gründen die Erledigung erst mit Erlaß des Urteils ein, welches den Prozeß für erledigt erklärt.

Auch hinsichtlich der Kostenentscheidung gilt das Gleiche wie beim acquiescement. In der Regel trägt der Kläger die Kosten; jedoch ausnahmsweise können die Kosten auch dem Beklagten auferlegt werden, so unter Anwendung der allgemeinen Prinzipien dann, wenn der Beklagte zur Klage Anlaß gegeben hat, obwohl er dies hätte vermeiden können.[34]

III.

Der Beendigung des Prozesses durch beiderseitiges Nachgeben, dem Vergleich, entspricht im französischen Recht die „transaction". Hierüber ist nichts Besonderes zu sagen, da dieselben Grundsätze wie beim acquiescement und désistement in entsprechender Anwendung gelten. Genau wie bei diesen beiden Rechtsinstituten kann sich auch die transaction auf die Hauptsache beschränken; denn es steht nichts im Wege, was die Parteien hindern könnte, auf Grund ihrer prozessualen Initiative[35] sich über die Hauptsache zu vergleichen und den Prozeß über die Kosten weiterzuführen. Hier ist ein Streit über die Kosten allein schon dann möglich, wenn nur das allgemeine Kostenprinzip zur Anwendung kommt, daß der Unterliegende die Kosten nach dem Grade seines Unterliegens zu tragen hat. Denn da bei der transaction ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien vorliegt,[36] kann streitig sein, in welchem anteiligen Ver-

32. Vgl. S. 44 A. 30.
33. Vgl. oben S. 39 A. 8.
34. Vgl. oben S. 40 bis 41.
35. Vgl. S. 39 A. 7.
36. GC III, 661: „.... qu'il se contente d'une satisfaction partielle, achetée par des sacrifices réciproques .."; Dalloz, Répertoire pratique XII, 251 unter „Transaction" Art. 1.

hältnis das Nachgeben der beiden Parteien zueinander steht. Demnach kann eine transaction zu einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache führen; dies ist dann der Fall, wenn sich die transaction nur auf die Hauptsache erstreckt, während der Streit über die Kosten weitergeführt wird.

Hinsichtlich der Form der transaction, des Zeitpunktes der Erledigung und der Kostenentscheidung gelten ebenfalls die beim acquiescement und désistement auseinandergesetzten Grundsätze: Eine besondere Form ist nicht erforderlich. Die Erledigung tritt ein mit dem Erlaß des die Erledigung aussprechenden Urteils,[37] und die Kosten sind nach dem Grade des gegenseitigen Unterliegens der Parteien zu verteilen, abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, daß etwa eine Partei, die in einem bestimmten Punkte erfolgreich ist, die hierfür erforderlichen prozessualen Maßnahmen durch ihr Verschulden veranlaßt hat, so daß sie aus diesem Grunde auch die Kosten dieser erfolgreichen Maßnahme zu tragen hat.

2. Abschnitt:

Gruppe B: Wegfall einer Partei.

Inwieweit der Tod einer Partei auf eine Beendigung des Prozesses Einfluß hat, hängt im französischen Recht, in Uebereinstimmung mit dem deutschen, von der Natur des Streitgegenstandes ab. Im allgemeinen beendet der Tod einer Partei den Prozeß nicht, da meist der Streitgegenstand fortbesteht und so von den Erben weiter verfolgt werden kann. Sobald aber der Streitgegenstand selbst durch den Tod einer Partei sein Ende findet, ist auch der Prozeß notgedrungen erledigt. Der typische Fall hierfür ist auch im französischen Recht der Ehescheidungsprozeß.[38] In der Art der Beendigung sind jedoch das deutsche und das französische Recht verschieden. Denn nach der klaren Vorschrift des art. 244 Abs. 3 code civil erledigt sich der Prozeß schlechthin, ohne daß, wie beim § 628 ZPO, die Erledigung auf die Hauptsache beschränkt wäre.

37. Vgl. S. 39 A. 8.

38. GT II, 600: „En règle général le décès d'une partie ne met pas fin à l'instance .... Mais le décès d'une partie met exceptionnellement fin à l'instance quant l'objet de l'instance se trouve supprimé par le décès d'une partie. Il en est ainsi dans les instances en divorce ou en séparation de corps."

Der Tod des Ehegatten macht den Scheidungsprozeß schlechthin gegenstandslos;[39] die Kosten fallen den Parteien in dem Maße zur Last, in dem diese die Kosten bereits aufgebracht bzw. verursacht haben.[40] Diese vollständige Erledigung des Prozesses durch den Tod eines Ehegatten ist solange möglich, bis das Urteil durch die Eintragung in die „registres de l'état civil" unwiderruflich geworden ist (vgl. art. 244 Abs. 3 code civil), also auch nach Erlaß des Scheidungsruteils.[41] Obwohl ein etwaiges Interesse der Parteien an einer Fortsetzung des Prozesses wegen der Kosten nicht geleugnet wird, so wird doch eine solche Fortsetzung für unzulässig gehalten,[42] und zwar wird diese Regel auf alle Fälle erstreckt, in denen der Streitgegenstand durch den Tod einer Partei gegenstandslos wird; dies kann als die allgemeine Meinung angesehen werden, obwohl es nicht unbestritten ist.[43]

Demnach scheiden die in Gruppe B zusammengefaßten Fälle einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache für das französische Recht aus.

---

39. La cour de cassation in Sirey 1912. 1. 100: „Le décès .. a pour effet d'éteindre l'action et de rendre sans objet le pourvoi."

40. La cour de cassation in Sirey 1912. 1. 100. Note 2: „.... On enseigne généralement qu'en cas d'extinction de l'action en divorce par le décès de l'un des époux, il n'y a même pas lieu pour le juge de statuer sur les dépens, lesquels restent „parte in qua" à la charge des parties qui les ont exposés ou de leurs ayants droit ...."; ebenso Huc II Nr. 368: „.... Ainsi donc, après le décès de l'un des époux .."; ferner Dalloz, Répertoire pratique IV, 439 Nr. 499: „De l'extinction .. il résulte encore que les juges n'ont plus le pouvoir de statuer sur les dépens."

41. Vgl. Colin et Capitant I Nr. 205, 1: „Qu'arrivait-il si un époux venait à décéder pendant le délai compris entre le jugement ou l'arrêt et la transcription? On devait décider ...."

42. GT II, 600: „.... L'instance ne continue pas, bien que le demandeur puisse avoir intérêt à obtenir un jugement, à raison .... des dépens."

43. GT II, 600: „.. Dans tous ces cas l'objet principal et direct de l'instance a disparu. L'instance ne peut être maintenue pour la seule question des dépens. Il y a cependant controverse sur ce point."

3. Teil.

Das englische Recht.

Es ist hervorzuheben, daß das englische Recht ein case-law ist, es also in weit höherem Maße auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles abstellt als das deutsche Recht. Allgemeine Regeln können daher nur sehr bedingt aufgestellt werden und haben, wenn sie aufgestellt werden, nur eine sehr bedingte Gültigkeit. Denn solche Regeln lassen sich nur herleiten aus gleichgelagerten Einzelfällen. Da nun aber selten zwei Fälle völlig gleich sind, so wird die abgeleitete Regel meist einen mehr oder weniger großen Mangel an Genauigkeit und Bestimmtheit aufweisen, und je größer dieser Mangel, desto größer die Dehnbarkeit der Regel. Aus all dem ergibt sich einerseits eine große Beweglichkeit des englischen Rechts, andererseits aber die Schwierigkeit, ein Rechtsinstitut klar und scharf zu umreißen und in den Einzelheiten sichere Entscheidungen zu treffen. Denn es besteht immer die Möglichkeit, daß ein Einzelfall infolge seiner besonderen Begleitumstände anders zu behandeln und zu entscheiden ist, als es nach den aufgestellten allgemeinen Sätzen geschehen müßte. Diese Einschränkungen sind bei den folgenden Ausführungen im Auge zu behalten.

I. Abschnitt

Gruppe A: Aufgabe des Streites durch die Parteien.

I.

1. Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Nachgeben des Beklagten ist möglich, ohne daß hierbei ein besonderes Rechtsinstitut in Erscheinung träte, wie im deutschen Recht das Anerkenntnis oder im französischen Recht das acquiescement. Es gilt die Regel, daß ein Zugeständnis des Beklagten in Ansehung der vom Kläger geltend gemachten Hauptsache dem Kläger nicht das Recht nimmt, den Prozeß wegen der Kosten weiter zu verfolgen.[1]

1. Annual Practice S. 1376 unter „Right to bring ....": „The mere fact that after action brought the defendant has conceded...."

Zu erwähnen ist der Sonderfall, daß bei einer Klage auf eine bestimmt bezifferte Geldsumme der Beklagte diese Summe zahlt. Hier gilt die Regel, daß der Kläger, unter Berufung auf die Zahlung des Beklagten, ein Recht auf ein dem Beklagten die Kosten auferlegendes Urteil des Gerichts hat,[2] ohne daß es zu einer streitigen Verhandlung über die Kostenfrage käme.[3] Dennoch ist auch bei diesem Sonderfall eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache möglich. Denn das Gericht hat volle Entscheidungsgewalt, von der Regel abzuweichen und anders zu verfahren,[4] woraus sich in Verbindung mit dem auch im englischen Prozeßrecht geltenden Grundsatz der Parteiherrschaft[5] die Möglichkeit einer streitigen Verhandlung über die Kosten ergibt. Schon die Vorfrage, ob abweichend von der üblichen Regel trotz einer Klage auf eine bestimmte Geldsumme eine streitige Verhandlung über die Kostenfrage zugelassen werden soll, kann Gegenstand des Streites der Parteien werden. Letzte Entscheidung jedoch, ob die Fortsetzung des Prozesses wegen der Kosten zulässig ist, hat immer das Gericht, welches auch umgekehrt die Befriedigung eines nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Klageanspruches die Fortsetzung des Prozesses verweigern kann.[6]

---

2. Mews V, 1502: „The modern practice is that ....“; bei Befriedigung durch den Beklagten vor Zustellung der Klageschrift: „.. on non-appearance judgment will be entered for the costs. If the defendant appears the plaintiff should issue a summons .... for his costs ....“; bei Befriedigung nach Zustellung: „.. If after service .. the plaintiff enters judgment for costs only, reciting that the debt has been paid.“ Bei Befriedigung nach Einlassung: „.... If the debt is paid after appearance the plaintiff signs judgment for the costs alone in the same way..“

3. Mews V, 1502: „The action should not be set down for hearing for costs alone.“ Es mag dies zurückzuführen sein auf das bei Klagen auf bestimmt bezifferte Geldsummen („debt or liquidated demand in money“) mögliche abgekürzte Verfahren nach 0.14 der Rules of the Supreme Court, da hier der bezifferte Kostenbetrag in die vom Beklagten insgesamt zu zahlende Summe mit hineingenommen wird; vgl. Curti S. 48/49; Annual Practice S. 207 unter „Costs on judgment“ zu 0.14 r. 9.

4. Mews V, 1502: „But the court has entire discretion.“

5. Vgl. Curti S. 34; Jenks S. 113 Nr. 13 u. 14.

6. Obwohl hier die Fortsetzung die Regel ist; vgl. Mews V, 1502: „Other relief, when conceded after action brought, does not disentitle the plaintiff from bringing in the action for costs alone. But the court has entire discretion.“

Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache infolge Nachgebens des Beklagten ist auch möglich unter Anwendung eines Rechtsinstitutes, das eigentlich anderen Zwecken dient, nämlich durch discontinuance oder withdrawal. Durch dieses Rechtsinstitut wird die Möglichkeit geschaffen, daß eine Partei von einer Fortsetzung des Prozesses Abstand nimmt oder ihre bisherigen Prozeßhandlungen zurücknimmt, und zwar entweder in Ansehung des ganzen Streitstoffes oder eines Teiles.[7] Meist wird es sich hier um eine Klagerücknahme handeln, wie sich aus 0.26 r. 1 der Rules of the Supreme Court ergibt, wonach „such discontinuance or withdrawal ... shall not be a defence to any subsequent action". Darauf beschränkt ist jedoch die discontinuance infolge der weiten Fassung der 0.26 nicht. So kann auch eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache unter Anwendung einer discontinuance eintreten, wie folgende Betrachtung zeigt: Nach 0.26 r. 1 ist in bestimmten Fällen zu einer dicontinuance die Erlaubnis des Gerichts erforderlich; eine solche Erlaubnis ist sogar in allen Fällen erforderlich, wenn, was auch möglich ist, der Beklagte seine Verteidigung zurückziehen will.[8] Das Gericht kann nun seine Erlaubnis unter bestimmten Bedingungen erteilen, insbesondere, wie in 0.26 r. 1 hervorgehoben ist, „upon such terms as to ... any other action"; gerade hiervon wird das Gericht häufig Gebrauch machen und eine erneute Klage über denselben Streitgegenstand für unzulässig erklären, um überflüssige Klagehäufungen zu vermeiden. Dies kann auch dann geschehen, wenn der Kläger auf Grund einer Zurücknahme der Verteidigung[9] den Rechtsstreit als erledigt ansieht. Und da das Gericht nach seinem Ermessen seine Erlaubnis von den verschiedensten Bedingungen abhängig machen kann,[10] und außerdem 0.26 r. 1 auch eine nur teilweise Zurücknahme der Klage oder Verteidigung gestattet, so ist eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch discontinuance oder withdrawal of defence durchaus denkbar, wenn auch vielleicht selten, da das Gericht im Interesse der

7. Vgl. 0.26.

8. 0.26 r. 1: „.... but it shall iot be competent to a defendant to withdraw his defence, or any part thereof, without such leave."

9. Welche das Gericht ebenso von Bedingungen abhängig machen kann wie eine Klagerücknahme; vgl. 0.26 r. 1 letzter Satz: „.... and with the like discretion as to terms ...."

10. 0.26 r. 1: „.... upon such terms as to .... and otherwise as may be just .."

Vermeidung überflüssiger Prozesse möglichst eine vollständige Erledigung des Prozesses erstreben wird.

Falls die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache auf einem einfachen Zugeständnis des Beklagten beruht, ist eine Mitwirkung des Klägers insofern erforderlich, als er, zumindest stillschweigend, das Zugeständnis als solches anerkennen muß, da anderenfalls sich der Streit nur auf die Frage verschieben würde, ob der Prozeß erledigt sei, ohne daß eine solche Erledigung damit eingetreten wäre.[11] Soweit die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache auf discontinuance oder withdrawal des Beklagten beruht, ist nur eine Mitwirkung des Gerichts erforderlich, da es in der Erteilung seiner Erlaubnis nicht an etwaige Einwände des Klägers gebunden ist.

Besondere Formen sind nicht notwendig. Bei einfachem Zugeständnis des Beklagten sind besondere Vorschriften nicht vorhanden, so daß Formfreiheit angenommen werden kann, sofern nur der Wille der Parteien genügend erkennbar wird. Bei Erledigung durch discontinuance oder withdrawal des Beklagten ist allerdings Schriftform erwünscht;[12] notwendig ist sie jedoch nicht, sofern sich der Wille des Beklagten klar aus seinen Handlungen ergibt.[13]

Die Erledigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht eines Urteils. Sie tritt vielmehr in dem Zeitpunkt ein, in dem die oben genannten Handlungen der Parteien bzw. des Gerichts ausgeführt sind. Das bedeutet für den einen Fall den Augenblick, in dem das Zugeständnis des Beklagten und das Einverständnis des Klägers in der Weise vorliegen, daß daraus auf den Willen der Parteien zu schließen ist, die Hauptsache als erledigt anzusehen und den Prozeß hinsichtlich der Kosten fortzusetzen; für den anderen Fall bedeutet es den Augenblick, in dem sich die gleiche Prozeßlage aus der Erlaubnis des Gerichts ergibt, die Verteidigung zurückzuziehen. Daß eine Feststellung der Erledigung in einem Urteil nicht notwendig ist, ergibt sich aus der

---

11. Vgl. oben S. 23 bis 24.

12. Annual Practice S. 438 unter „By notice in writing": „No particular form is necessary, but it is very desirable to use the prescribed form."

13. Vgl. Mews XV, 1191 unter „Payment into Court with denial of liability" und 1319 unter „Acceptance in satisfaction of whole claim", 2. Absatz.

Möglichkeit eines isolierten Kostenurteils, also eines, Urteils das über die Hauptsache nichts enthält.[14]

2. Es ist nunmehr auf die Kostenentscheidung einzugehen.

Als oberster Satz gilt nach 0.65 r. 1 der Rules of the Supreme Court und s. 50 ss. 1 der Judicature Act, daß die Entscheidung über die Kosten im Ermessen des Gerichts steht, abgesehen von besonderen Kostenvorschriften in den Rules of the Supreme Court und der Judicature Act. Solche besonderen Vorschriften finden sich nun bei discontinuance in 0.26. Sie beziehen sich aber nur auf die Klagerücknahme in dem Anfangsstadium des Prozesses, in dem der Kläder noch ohne Erlaubnis des Gerichts zurückziehen kann. Sowie eine Erlaubnis für discontinuance in Frage kommt, sei es für den Kläger, sei es für den Beklagten, so steht die Entscheidung über die Kostenverteilung bei dem Gericht.[15] Es ist somit festzustellen, nach welchen Regeln die Praxis verfährt.

Als Grundsatz gilt, daß der Unterliegende die Kosten trägt. Dieser Grundsatz ist entstanden aus der vor der Aenderung der 0.65 vom Jahre 1929 geltenden Vorschrift, daß die Kosten sich nach dem Ausgang des Prozesses zu richten haben.[16]. Die Vorschrift enthielt den Zusatz, daß von der Regel Ausnahmen wegen „good cause" zulässig seien. Durch den Fortfall dieser Vorschrift und die Erweiterung der Entscheidungsgewalt des Gerichts sind die Regeln über das, was unter „good cause" zu verstehen ist, insoweit hinfällig geworden, als sie eine Begrenzung für die Ausnahmefälle darstellten, in denen das Gericht von der Regel abweichen durfte; im übrigen aber gelten sie auch weiterhin und sind maßgeblich für die Frage, nach welchen Grundsätzen das Gericht seine Entscheidungsgewalt ausübt.[17] Daraus ergibt sich nun folgendes Bild:

---

14. Vgl. Mews V,1502 die Ausdrücke „Hearing for costs alone" „.... judgement for costs only .... judgement for costs alone ...."; ferner auch 0.26 r. 3, wo für den Fall der Klagerücknahme vorgesehen ist, daß der Beklagte „may enter judgment for the costs of the action", ohne daß von der Notwendigkeit irgend welcher Feststellungen oder Entscheidungen über die Hauptsache etwas erwähnt ist.

15. Besonders hervorgehoben in 0.26 r. 1: „.... upon such terms as to costs.."

16. „The costs shall follow the event."

17. The yearly Supreme Court Practice S. 1372, 3. Absatz: „In the first place decisions as to what would and as to what would not have been „good cause" under the proviso may still be of some little assi-

Zunächst ist vorauszuschicken, daß genaue und sichere Regeln überhaupt nicht gegeben werden, da die Entscheidungsgewalt des Gerichts sehr umfassend ist.[18] Daraus folgt, daß Ausnahmen von der Regel, dem Unterliegenden seien die Kosten aufzuerlegen, fast unumschränkt zulässig sind; das Gericht kann die Kostenlast auf die Parteien verteilen, es kann eine Partei zur Zahlung einer von ihm selbst festgesetzten Summe verurteilen, anstatt in Kosten, deren Höhe, wie gewöhnlich, durch ein besonderes Kostenberechnungsverfahren gefunden wird, und es kann schließlich auch eine erfolgreiche Partei zur Tragung der gesamten Kosten verurteilen.[19] Die für solche Entscheidungen maßgeblichen Gründe umfassen alles, für das eine Partei verantwortlich ist und das mit der Verursachung und Führung eines Prozesses in Zusammenhang steht und zur Veranlassung unnützer Streitigkeiten und Ausgaben dient.[20] Damit sind zugleich die beiden Hauptpunkte gegeben, die zu einer abweichenden Kostenregelung führen können: Verursachung unnötiger Prozeßkosten und unangemessenes Verhalten. Beide Gründe können zusammen vorliegen und damit das Gericht veranlassen, der erfolgreichen Partei die Kosten aufzuerlegen.[21] Es genügt aber auch das Vorliegen eines der beiden Gründe. So können dem Kläger, der die Erhebung und Durchführung der Klage zu einem Druck für den Beklagten gestaltet hat, die Kosten des Prozesses auferlegt werden, auch wenn er erfolgreich ist.[22] Ebenso kann dem erfolg-

---

stance in connection with the question as to what does and what does not constitute material on which a judicial discretion can properly be exercised."

18. Annual Practice S. 1372 unter „How exercised": „Having regard to this rule, no hard-and-fast rule can be laid down as to costs in any Division of the Court. But the discretion conferred is very wide."

19. Annual Practice S. 1372 unter „How exercised": „.... Thus the court may order the costs to be paid by the parties in definite proportions, or may order one party to pay to the other a fixed sum in lieu of taxed costs, or .... may even make a successful plaintiff pay the whole costs of the other side...."

20. Mews V, 1483: „The concluding words .... embrace everything for which the party is responsible, connected with the institution or conduct of the suit, and calculated to occasion unnecessary litigation and expense."

21. Mews V, 1483: „.. as for example oppression or misconduct of either of the parties by which costs had been unnecessarily increased.."

22. Mews V, 1483: „If from all the facts .. it appears that the action was brought or conducted oppressively by the plaintiff, that

reichen Beklagten ein Ersatz seiner Kosten abgesprochen werden, wenn er die Klage dadurch verursachte, daß er den Kläger glauben machte, einen guten Klagegrund zu haben, oder wenn er allgemein unnütze Streitigkeiten und Kosten im Prozeß verursachte.[23] Insbesondere hinsichtlich des Verhaltens und Benehmens der Parteien hat das Gericht eine weite Entscheidungsgewalt; es ist bei seiner Beurteilung nicht auf das Verhalten der Parteien im Verlauf des Prozesses beschränkt, sondern kann auch ein Verhalten der Parteien vor dem Prozeß werten, welches erst zum Prozeß geführt hat.[24] Somit läßt sich der oben schon angedeutete Satz formulieren, daß die Kosten des Rechtsstreits der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind, es sei denn, daß die Verursachung unnützer Prozeßmaßnahmen und Kosten oder ein unangemessenes Verhalten einer Partei eine andere Entscheidung als gerecht erscheinen läßt.[25]

Die Anwendung dieser Sätze auf eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Nachgeben des Beklagten führt zu dem Ergebnis, daß im allgemeinen dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen sind, da er als der Unterliegende anzusehen ist,[26] daß aber Ausnahmen nach Maßgabe der obigen Regeln möglich sind. Es ist jedoch erneut darauf hinzuweisen, daß sichere Regeln nicht aufzustellen sind, da die Entscheidung eines Falles von seinen besonderen Umständen und dem Ermessen des Gerichts abhängig ist, welches nicht auf die oben erwähnten Gründe beschränkt ist, um von der allgemeinen Regel, daß der Unterliegende die Kosten zu tragen hat, abzuweichen.

constitutes good cause .... so as to enable the judge .. not only to deprive a successful plaintiff of his costs, but also to order that he shall pay the defendant's costs."

23. Hibbert S. 93 Nr. 1 u. 2; Mews V, 1489: „Representations made by a defendant before action, leading the plaintiff to believe that he is entitled to the relief sought, may constitute good cause for depriving the defendant, though successful, of the costs of the action."

24. Mews V, 1483: „In exercising his discretion .. the judge is not confined to the consideration of the conduct of the party in the course of the litigation, but may consider his conduct previous to and conducing to the action .."; vgl. ferner Hibbert S. 93 Nr. 3.

25. Vgl. Gibson's S. 203: „The general rule adopted is, that if a plaintiff enforces a legal right, and is guilty of no misconduct, he is entitled to costs as of right; on the other hand, anything which tends to increase litigation and costs, and places any extra burden on the defendant, will be good ground for depriving the plaintiff of costs."

26. In diesem Sinne die Kostenentscheidungen bei Mews V, 1502 unter „Hearing for costs alone".

II.

Eine Erledigung des Rechtsstreits durch Nachgeben des Klägers ist zunächst möglich durch discontinuance des Klägers. Und zwar kommen hierfür die Fälle in Betracht, wo eine Genehmigung des Gerichts erforderlich ist, wo also außer der Einlassung des Beklagten bereits weitere prozessuale Schritte unternommen sind.[27] Denn in diesem Falle ist das Gericht befugt, Bedingungen hinsichtlich einer erneuten Klage, hinsichtlich der Kosten oder dergleichen zu stellen, so daß dann aus den gleichen Gründen wie bei discontinuance des Beklagten eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache möglich ist.[28] Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ist jedoch ferner auch denkbar bei discontinuance des Klägers ohne Genehmigung des Gerichts in dem Abschnitt des Prozesses, in dem eine solche Genehmigung noch nicht notwendig ist.[29] Denn hier ist trotz der Vorschrift von 0.26 r. 1, daß der Kläger die Kosten des Prozesses zu tragen hat, soweit sie durch discontinuance veranlaßt sind, auch eine anderweitige Kostenregelung möglich, wenn besondere Umstände dafür sprechen. Allerdings bedarf es in solchem Falle eines Antrags des Klägers an das Gericht, discontinuance in der Weise zu gestatten, daß dem Beklagten die Kosten zur Last fallen.[30] Somit kann in diesen Fällen die Frage der Kostentragung streitig sein; ferner kann das Gericht, dessen Mitwirkung wegen der beabsichtigten Abweichung von der in 0.26 r. 1 Satz 1 getroffenen Kostenregelung notwendig ist, seine Genehmigung auch von der Bedingung abhängig machen, daß der Kläger nicht die gleiche Klage ein zweites Mal erhebt; diese Bedingung aber würde der discontinuance den Charakter einer Klagerücknahme nehmen; daher ist eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch discontinuance des Klägers in jedem Abschnitt des Verfahrens möglich.

Eine weitere Möglichkeit einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Nachgeben des Klägers ergibt sich aus 0.24

27. Vgl. 0.26 r. 1 Satz 1.

28. Vgl. oben S. 50.

29. d. h. nach 0.26 r. 1 „at any time before receipt of the defendants defence, or after the receipt thereof before taking any other proceeding in the action."

30. Vgl. Annual Practice S. 1398 unter „With leave": „But, where a defendant before defence delivered up certain deeds the subject-matter of the action, and the plaintiff then applied for leave to discontinue, with costs of the action to be paid by the defendant, the judge so ordered."

r. 3, welche den Fall behandelt, daß sich der Beklagte in seiner Verteidigung auf ein nach Klageerhebung eingetretenes Ereignis beruft und der Kläger nunmehr diesem Verteidigungsgrund des Beklagten zustimmt. Ein Streit über die Kosten und damit eine Fortsetzung des Prozesses allein wegen der Kosten ist hier deshalb möglich, weil 0.24 r. 3 dem Gericht die Möglichkeit einer freien Entscheidung über die Kosten läßt, wenn auch in erster Linie dem Kläger ein Recht auf ein dem Beklagten die Kosten auferlegendes Urteil eingeräumt wird.[31] Diese Regelung mag auf eine dem hypothetischen Urteil ähnliche Grundlage zurückzuführen sein. Denn den Kläger als den Kostenersatzberechtigten „up to the time of the pleading of such defence" anzusehen, ist nur möglich bei einer Prozeßlage, in der zunächst der Kläger als der Erfolgreiche betrachtet werden mußte, in der er jedoch nach Eintritt des Ereignisses, auf das sich dann der Beklagte zu seiner Verteidigung berief, als der Unterliegende hätte angesehen werden müssen, wenn er seinen Klageantrag aufrecht erhalten hätte. Es ist das Gleiche, als wenn unmittelbar vor dem Eintritt der Erledigung hypothetisch zugunsten des Klägers entschieden und auf dieser Grundlage dann die Kosten dem Beklagten auferlegt worden wären. Diese Darlegungen auf Grund von 0.24 r. 3 lassen erneut den weiten Umfang des Ermessens und der Entscheidungsgewalt der englischen Gerichte erkennen.

Aus der Beweglichkeit der behandelten Vorschriften, aus dem Prinzip der Parteiherrschaft[32] und schließlich aus dem Umstande, daß eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch Nachgeben des Beklagten ohne Anwendung eines besonderen Rechtsinstituts möglich ist, muß auf die gleiche Möglichkeit bei Nachgeben des Klägers geschlossen werden; gibt der Kläger in der Hauptsache den Einwendungen des Beklagten nach, während er den Streit im Kostenpunkt aufrecht erhält, so daß nunmehr beide Parteien die Hauptsache als erledigt und den Kostenpunkt als noch schwebend ansehen, so liegt ein Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache vor.

---

31. 0.24 r. 3: „.... the plaintiff .... may thereupon sign judgment for his costs up to the time of the pleading of such defence, unless the court or a judge shall, either before or after the delivering of such confession, otherwise order."

32. Vgl. oben S. 49 A. 5.

Hinsichtlich der Frage, ob der Kläger allein eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache herbeiführen kann, gilt das oben S. 51 Gesagte: Bei Erledigung durch discontinuance des Klägers ist die Mitwirkung des Gerichts und in den übrigen Fällen die Mitwirkung des Beklagten erforderlich.

Auch hinsichtlich der Form kann auf die obigen Ausführungen (S. 51) verwiesen werden.

Die Kostenentscheidung bietet ebenfalls nichts Besonderes. Im allgemeinen werden dem Kläger die Kosten aufzuerlegen sein, da er meist als der Unterliegende betrachtet werden wird; jedoch ist auch eine anderweitige Regelung entsprechend den oben S. 53 bis 54 behandelten Grundsätzen möglich, also insbesondere bei unnützer Kostenverursachung oder „misconduct" des Beklagten.

III.

Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache durch beiderseitiges Nachgeben der Parteien, also durch Vergleich, ist im englischen Recht im allgemeinen nicht möglich. Denn wenn ein Vergleich die gesamte Hauptsache umfaßt und diese somit erledigt ist, kann der Prozeß wegen der Kosten allein nicht fortgesetzt werden.[33] Mit der Erledigung der Hauptsache ist zugleich der gesamte Prozeß beendet, obwohl die Kostenfrage nicht geregelt ist; in diesem Sinne bleibt sie „unerledigt".[34] Dieser Regel kann jedoch nicht für jeden Fall eine unbedingte und absolute Gültigkeit zugesprochen werden. Auch hier herrscht wieder der Grundsatz, daß die letzte Entscheidung bei dem Gericht steht, so daß dieses aus besonderen Gründen in einem einzelnen Fall eine Fortsetzung des Prozesses allein wegen der Kosten für zulässig erklären könnte.[35] Dies wäre

33. Vgl. Annual Practice S. 1376 unter „Right to bring or ..": „.. except where the action is compromised so that everything is settled but the question of costs, in which case the court will refuse to decide the question of costs at the trial;" vgl. auch Mews XV, 1650: „In the course of the trial a compromise was arrived at, whereupon the court made an order .... without costs ...."

34. Vgl. die Sachlage bei Versäumung der Frist des § 321 ZPO, oben S. 11 bis 12.

35. Vgl. Annual Practice S. 1376 unter „Right to bring or ....": „....There is a full discretion in the court." Vgl. ferner die vorsichtige Ausdrucksweise in Mews V, 1502 unter „Hearing for costs alone" letzter Absatz: „The same rule s e e m s to apply to a compromise of the action."

dann ein Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Es steht nichts entgegen, hier die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei einer Erledigung durch Nachgeben des Klägers oder des Beklagten allein. Es gilt also Formfreiheit hinsichtlich des Abschlusses des Vergleichs, sofern nur der Wille der Parteien klar erkennbar ist, und bezüglich der Kostenentscheidung der Grundsatz einer Verteilung der Kosten auf beide Parteien in dem Maße, in dem sie als erfolgreich und erfolglos angesehen werden müssen, es sei denn, daß andere Umstände, insbesondere die Verursachung unnützer Kosten oder „misconduct", eine andere Kostenentscheidung als gerecht erscheinen lassen.

Daß im allgemeinen bei einem Vergleich, der sich auf die gesamte Hauptsache erstreckt, eine Fortsetzung des Prozesses wegen der Kosten allein als unzulässig angesehen wird, mag auf dem Gedanken beruhen, daß ein Prozeß der letzte Ausweg aus einem rechtlichen Streit ist, und daß dieser Ausweg daher nur insoweit beschritten werden soll, als es unumgänglich notwendig ist. Haben sich die Parteien über die Hauptsache selbst geeinigt, so wird es im allgemeinen kleinlich und unnötig erscheinen, wegen der Nebenfrage der Kosten das Gericht weiter zu behelligen. Dieser Gedanke, das Gericht nur als den letzten, möglichst zu vermeidenden Ausweg zu betrachten, findet im übrigen auch seine Stütze in der im Verhältnis zum deutschen Recht erheblichen Höhe der Prozeßkosten[36] und ferner in dem Umstand, daß für eine Kostenentscheidung des Gerichts allgemein ein Antrag erforderlich ist.[37]

2. Abschnitt.

Gruppe B: Wegfall einer Partei.

Es herrscht mit dem deutschen Recht Uebereinstimmung in dem Punkt, daß die Beendigung eines Prozesses durch den Tod einer Partei von der Natur des Streitgegenstandes abhängt: Ist dieser

36. Vgl. Curti S. 157.

37. Vgl. Hibbert S. 92 Nr. 1: „Costs .... must be asked for." Im französischen Recht ist diese Frage streitig, wobei aber wohl eine überwiegende Meinung zugunsten einer Kostenentscheidung von Amts wegen angenommen werden kann; vgl. zugunsten einer Entscheidung von Amts wegen: GT III, 125/26; Dalloz, Répertoire pratique VII, 390 Nr. 225; Dalloz, Dictionnaire pratique I, 685 (Frais et dépens) Nr. 3; a. M. GC III, 521.

so eng an die Person gebunden, daß er notgedrungen mit ihr untergeht, so ist der Prozeß in der Hauptsache beendet, anderenfalls jedoch nicht.[38] Im ersten Fall gilt nun im englischen Recht die Regel, daß eine Aufnahme allein wegen der Kosten unzulässig ist, sofern nicht schon vor der Erledigung die Höhe der Kosten im Festsetzungsverfahren festgestellt war.[39] Daraus folgt, daß eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht möglich ist; denn die einzig mögliche Fortsetzung des Prozesses, nämlich eine solche nach Festsetzung der Kosten, könnte nicht mehr einer Entscheidung über die Kostenverteilung dienen, welche ja schon vor dem Festsetzungsverfahren ergangen sein muß, sondern nur noch den Zweck haben, gegen einen säumigen Kostenschuldner einen Titel zu erlangen.[40] Dies aber wäre keine Fortsetzung des Rechts-„streites" über die Kosten und kann daher nicht als ein Fall einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache angesehen werden. Im allgemeinen kann somit der Tod einer Partei keine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache herbeiführen. Ausnahmsweise ist dies aber doch möglich in folgendem Fall: Hat in einem Eheprozeß der Ehemann eine Geldsumme bei Gericht eingezahlt als Fonds, aus dem die Kosten zu decken sind, so kann beim Tode eines Ehegatten der Prozeß zwischen den Erben des Verstorbenen und dem Ueberlebenden wegen der Kosten fortgesetzt werden, jedoch nur bis zur Höhe des eingezahlten Fonds.[41] Daß für diesen Fall eine Ausnahme gilt, hat seinen Grund darin, daß nach allgemeiner Regel der Ehemann verpflichtet ist, die Ehefrau, gleichgültig ob sie erfolgreich ist oder nicht, mit den Mitteln zur Durchführung des Prozesses auszustatten, was dadurch geschieht, daß der Ehemann eine angemessene Summe, deren Höhe geschätzt wird,

38. Vgl. 0.17 r. 1.

39. Vgl. Mews XV, 887: „A decree .... was made .... Held, that there could be no revivor for untaxed costs; and whether the abatement is caused by the death of the party to pay, or the party to receive the costs, is immaterial. The general rule being, that there shall be no revivor for costs alone, yet where the costs have been taxed previous to the abatement, it seems there is a right to revive merely for the purpose of having them paid; ...."

40. Vgl. vorige Anm. a. E.

41. Vgl. Mews VII, 1327: „Where a husband had paid a sum into .... and had died .... the court made an order for .... the payment .... of .... costs out of the fund ...." ferner S. 1335: „Where a husband .... died .... an order for the wife's costs, limited to the amount lodged in the court, was .... made ...."

bei Gericht einzahlt.[42] Stirbt nun ein Ehegatte, so kann das Gericht nicht umhin, über das Schicksal des nun einmal eingezahlten Fonds zu entscheiden. Tritt eine solche Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ein, so ist über die Kosten nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.[43] Abgesehen von diesem Sonderfall aber ist eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache beim Eheprozeß nicht möglich,[44] da regelmäßig eine vollständige Erledigung des Prozesses eintritt und mangels besonderer Vorschriften die Fortsetzung des Prozesses unzulässig ist; denn die Rechtsprechung in Eheprozessen fällt unter statutory law, so daß eine etwaige Berechtigung nach common law, weitere Ansprüche geltend zu machen, für den Eheprozeß selbst keine Bedeutung hat.[45] Nicht einmal eine noch zu Lebzeiten des Ehemannes vom Gericht getroffene und gegen ihn gerichtete Anordnung, die Kosten seiner Ehefrau zu zahlen oder als Sicherheit einen Fonds bei Gericht einzuzahlen, könnte gegen seine Rechtsnachfolger durchgesetzt werden.[46]

---

42. Mews VII, 1336: „The rule is that, whether the wife is successful or not, the husband is bound to furnish her with the means of carrying on the litigation, and the practice is for the registrar to estimate a reasonable amount for her costs, which sum is either paid in or security is given for it." Vgl. Matrimonial Causes Rules of the Supreme Court Nr. 91.

43. Mangels besonderer Kostenvorschriften für Eheprozesse; vgl. Matrimonial Causes Rules Nr. 97.

44. Vgl. Mews VII, 1335: „Matrimonial suits .... When no order for costs .... there is no power in the Divorce Division to entertain any application by the wife for her costs ...."

45. Vgl. Mews VII, 1335: „Matrimonial suits .. whatever remedy the wife may have at common law for necessaries."

46. Vgl. Mews VII, 1335: „A divorce suit abates .... An order made against the petitioner while living .... cannot be enforced against his personal representatives."

Schrifttum.

Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 13. Aufl. 1937 (abgek.: Bb).

Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, Paris 1931.

Curti, Arthur: Englands Zivilprozeß, Berlin 1928.

Dalloz: Dictionnaire pratique de droit, 12. Aufl.

— Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (abgek.: RG).

Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Auflage (abgek.: FstKann).

Garsonnet / Cézar-Bru: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3. Aufl. Paris 1912 (abgek.: GC).

Gibson's: Practice of the courts, 15. Aufl. London 1933.

Glasson-Tissier: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3. Aufl. Paris 1925 (abgek.: GT).

Grosse, Walther: Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil, Berl. Diss. 1907.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (abgek.: Gruch).

Hartmann-Meikel: Kommentar zum Anfechtungsgesetz vom 21. 7. 79/ 20. 5. 98, 6. Aufl. Berlin 1913.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Hibbert: Law of procedure, 5. Aufl. London 1935.

Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR).

Huc, Théophile: Commentaire théorique et pratique du code civil, Paris 1892.

Jaeger: Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. 7. 79/20. 5. 98, Berlin 1905.

— Kommentar zur Konkursordnung, 6./7. Aufl.

Jenks, Edward: The book of English law, 4. Aufl., London 1935.

Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Gaupp, 15. Aufl.

Juristische Wochenschrift (abgek.: JW).

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. Berlin 1925.

Mews': Digest of English case law, 2. Aufl.

Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (abgek.: OLG).

Petite collection Dalloz, Code de procédure civile par Bourdeaux, 21. Aufl. Paris 1924.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Schaefer: Die Einzelgläubigeranfechtung auf der Grundlage des Reichsgesetzes vom 21. 7. 79/20. 5. 98, Berlin 1936.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. (abgek.: SeuffW).
Sirey: Recueil de jurisprudence (nach Planiol-Ripert).
Soufflier, Camille: Vocabulaire de droit, Paris 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1930.
The Annual Practice 1936, 54. annual issue.
The Yearly Supreme Court Practice 1937.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1885.
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (abgek.: WarnRspr).

Lebenslauf.

Am 31. Oktober 1912 wurde ich zu Berlin-Charlottenburg geboren. Ich besuchte das staatliche Kaiserin-Augusta-Gymnasium zu Berlin-Charlottenburg und bestand Ostern 1930 die Reifeprüfung. In der Folge studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Im Sommer 1934 bestand ich die Referendarprüfung und im Herbst 1938 die große juristische Staatsprüfung, beide in Berlin.